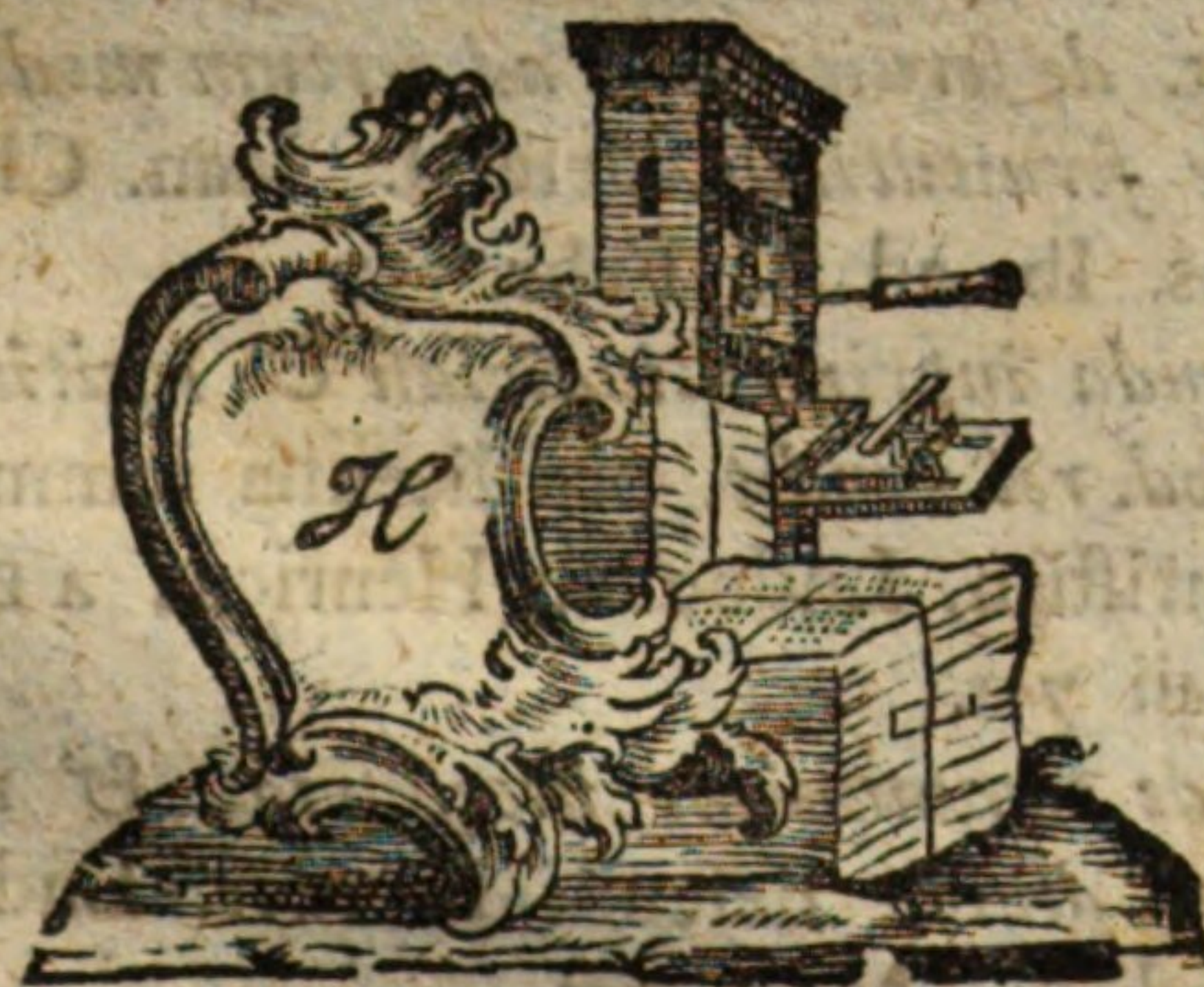


DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS IX.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL
1778.

Index diss. huius fasc.

- LXXIV. *Observationes de fructu & effectu negotii inutilis nullius & imperfecti; ad L. 34. pr. D. de legat. 1. defend. Ioh. Carol. Christianus REDSLOBIUS, Iutreboca-Saxo. Viteb. ad diem 11. Iul. 1750. pag. 1433*
- LXXV. *Observatt. de servitute necessaria compendii caussa prædio vicini imponenda; ad L. 12. pr. D. de relig. & sumt. fun. defend. Ioh. Georg. BOEHMIVS, Zwoena-Hermundurus. Ib. ad diem Octbr. 750. 1452*
- LXXVI. *Observatt. de delictis quæ iure familiaritatis excusantur; ad L. 46. §. 7. D. de furtis. defend. Ioan. Carolus HEINSDORF, Dahma-Saxo. Ib. ad diem Dec. 750. 1482*
- LXXVII. *Observatt. de retentione hypothecæ ob novum debitum non permissa; ad L. unic. C. etiam ob cbiograph. pecun. defend. Ioan. Adam KRAVSS, Adorffio-Variscus. Ib. ad d. 23 Dec. 750. 1506*
- LXXVIII. *Observatt. de servitutibus ad certum modum restrictis; ad L. 4. §. 1. & 2. D. de servitutibus. defend. Ioan. Christophor. PINDER, Adorffio-Variscus. Ib. ad d. Febr. 751. 1533*
- LXXIX. *de laude nuda inprimis iudiciali & legitima; ad L. 1. §. 3. de pericul. & commod. rei vendit. pro licentia summ. in utr. iur. hon. conseq. disputab. Christian. Ludouicus Henricus ADAMI, Luccauiia-Lufatus. Ib. d. Maii 751. 1542*
- LXXX. *Observatt. de communione necessaria, & indissolubili; ad L. 19. §. 1. D. commun. diuid. defend. Frieder. Ludov. ETTMULLER, Zittaiiensis. Ib. ad d. Mart. 751. 1582*

LXXIV.

OBSERVATIONES

DE

FRUCTV ET EFFECTV
NEGOTII INVUTILIS NVLLIVS ET
IMPERFECTI.

AD L. XXXIV. PR. D. DE LEGAT. I.

VITEMBERGAE, DIE XI. IVLII A. Q. S. P. EST. CIO IO CC L.

L. XXXIV. pr. D. de legat. I.

VLPIANVS LIB. XXI. AD SABINVM.

Plane, ubi transferre voluit legatum in nouissimum, priori non debetur; tametsi nouissimus talis sit, in cuius persona legatum non constitit.

§. I.

Ira quidem a natura facti & procreati sumus, vt animus hominis, *Odiū nū-*
nisi suffocatus & oppressus, diu torpere & quiescere non posse videatur; litatis fauor
sed semper *moliatur* aliquid & efficere studeat, ex quo *spem* aliquam *utili-imbecillita-*
tatis futurae concipiat, & fructum quendam vel ipse capiat, vel ad poste-^{tis.}
ros transmittat. Hoc consilio senex ille, apud STATIVM in *synephebis* a),
cum otari omnino non posset, in extrema aetate, ferebat arbores seculo fu-
turo & posteritati profuturas, quamvis intelligeret, fructum illarum ad se
non peruenturum esse. Ipsa etiam diuina & perfectissima natura, sine vllō
suo incommodo, semper aliquid efficit & procurat, nunquam *nihil* agit b),
sed, quae procreata sunt, fouet, recreat, exornat & confirmat, vt perdu-
rare & *fructum* ostendere & *spem* utilitatis communis *prouentu* suo augere &
amplificare possint. Illud studium efficiendi aliquid, quod fructu non careat,
per

a) CIC. de senect. cap. 7.

b) CIC. I. de natur. Deor. 36.

per totam naturam, quae viuit & spiritum ducit, sparsum est, ut, nisi aliquid egerint, animalia ne viuere quidem iudicentur. Vrsi etiam lambunt catulos & auiculae foetus suos infirmos & debiles, cibis ore collatis & inter illos diuisis, nutriunt, algentes fouent, in discrimen adductos anxie & cum strepitu ac summo suo periculo defendunt, *ne frustra laborauerint*, neue *nihil egisse* censeantur ^{c)}. Generaliter, quod M. TVLLIVS ^{d)} docet, *bestiarum in foetu & educatione laborem* cum cernimus, *naturae ipsius vocem* videmur audire, cum ipsa natura nos admoneat, ne illud, quod coepimus, *irritum esse & fructu carere* patiamur. Ex hoc fonte deriuata est illa CASSII ICti & iudicis omnium opinione sapientissimi iustissimique formula, qua in omnibus iudiciis utebatur, cum saepius interrogaret partes litigantes, *cui bono* fuerit; quasi homo sanus nihil moliri possit sine *spe fructus* & vel *suae*, vel *communis etiam utilitatis* ^{e)}.

Omnes igitur laboramus, non solum ut efficiamus aliquid, sed etiam *ne nullum & irritum* sit, quod effecimus, neue res *fructu* illo careat, cuius *spe & expectatione* ad laborem accessimus. Hoc IULIANVS & VLPIANVS intellexerunt, qui, etiam a ICto, semper in ambiguo ita interpretationem faciendam esse, aiunt, *ut res potius valeat, quam pereat*, neue *nulla* atque *irrita* dicatur, illamque sententiam in dubio eligendam esse, quae *aptior rei gerendae* atque ad *sustinendum negotium* accommodatior esse videatur, l. 67. D. de reg. iur. & l. 80. D. de verb. oblig. *Laboramus* igitur, ne quisquam facile, qui negotium contraxit, *nihil egisse*, neue operam omnino perdidisse, censeatur. Hoc est, quod veteres dicebant, nullitates in iure esse odiosas, cum scirent abhorrete iudices ab illa sententia, qua negotium susceptum omnino *irritum & nullum* declaretur illosque potius operam dare, ne res, bona fide gesta, careat fructu & prospero euentu. Omnes certe, si eundem VLPIANVM audias, qui negotia contrahunt, *serio egisse*, quod egerunt, & illius rei, quam attigerunt, *fructum* aliquem habere voluisse iudicatur, l. 31. §. 20. D. de aedil. edict. Quae cum ita sint, non solum ignoscimus *notariis*, sed ipsos etiam laudamus, si, quamuis non admoniti, instrumentis contractuum clausulas adiciant, quibus negotium susceptum confirmetur; cum, ex *communi omnium hominum voto*, cauere debeant, ne res coram ipsis gesta *inutilis* sit, & *nulla* aut *irrita* dicatur, arg. d. l. 31. §. 20. D. de aedilit. edict.

Accepisti, ex quibus causis odiosae sint nullitates magistris diuinae artis nostrae, & cur iudices operam dare soleant, ne res inter partes gesta & contracta prorsus infructuosa sit, & euentu destituatur; quandoquidem *irrita*

^{c)} QVINCTIL. inst. orat. lib. II. cap. 1. ^{d)} CIC. III. de finib. 19. ^{e)} CIC. pro S. Rosc. Amer. cap. 30. 31. pro T. Ann. Mil. cap. 12. & in orat. Philippica II. l. 14.

ta illa & inutilia negotia propemodum ipsa hominum natura auersatur. Sed ex hoc quidem odio nullitatis non difficile iudicabitur, cur, e contrario, negotiis infirmis atque mancis & imperfectis faueamus potius, ne prorsus corruant & infirmentur. Eleganter PAVLLVS noster obseruauit, publice damnosum esse, si negotia bona fide gesta facile impugnentur atque rescindantur, cum fides commerciorum corrumpatur, & multi deterreantur, ne nobiscum contrahant, si praeuideant tam facile infirmari negotia, quorum fide & virtute omnis conuictus & societas hominum communis continetur, l. 12. §. 1. D. de administr. & pericul. tutor.

Igitur sustinemus etiam imperfecta negotia, ipsisque, si fieri hoc vlla ratione possit, fructum quendam & effectum tribuimus, ne partes contrahentes nequicquam studium & operam consumsisse & perdidisse iudicentur. Ex hac causa LEO & ANTHEMIVS militiam illam togatam aduocatorum in tanto pretio habendam esse censuerunt, cum hi quidem defensionis suae virtute, lapsa erigant, fatigata reparent, & laborantium spem, vitam & posteros defendant, l. 14. C. de aduocat. diuersor. iudicior. Haec est fragilitatis humanae miseratio, quam PLINIVS f) cuiusque honestissimi viri animum subire ait, ut faciles & proni simus ad opitulandum, si quid infirmitate sua collabi & corrumpi videamus. Haec est memoria illa humanae conditionis, quam MODESTINVS commendauit, & qua impulsus, facile ignoscimus imbecillitati aliorum, illamque, si res ferat, corrigimus aut confirmamus, l. 27. pr. D. de conditionibus institut. Enim vero recte PAVLLVS noster, quem saepius laudaui, illud legatum, quod ad alimenta aetatis infirmiae relictum sit, ad honorem ciuitatis pertinere docet; cum haec magistratuum & ciuitatum praecipua cura esse debeat, ut debilibus & infirmis succurrant, l. 122. pr. D. de legat. I.

Tantum igitur est odium nullitatis, tantus imbecillitatis fauor, ut negotia etiam debilia & imperfecta sustineamus, & omnes boni ad opem ferendam conuolent, si quis imbecillitate lapsus & deceptus esse videatur. In hac re obtemperandum est voci naturae:

O maior tandem parcas, insane, minori. g)

Videmus etiam animalia & bestias foetibus infirmis parcere, ne pereant, donec egredi & circumuolare & libero tandem coelo suaeque fiduciae permitti possint h). Inuitamur certe & accendimur occulto quodam stimulo naturae ad ferendam opem, si quid infirmitate sua corruat; cum illa fracta & infirma magis omnino opis alienae indigeant, quam quae per se valida sunt & perfecta & ipso vigore virium satis sustententur. Etiam barbari mi-

A 2

sericor-

f) PLIN. III. epist. 7.
instit. orat. lib. II. cap. 7.

g) HORAT. II. serm. 3. vers. 325.

h) QVINCTIL.

fericordiae quodam sensu attinguntur, si videant, in ipso feruore victoriae, neque *infirmis* parci, neque mulieribus, neque *infantibus*, neque aetate & senio confectis, quod IULIUS CAESAR obseruauit *i*). Omnes enim boni honorificentius esse credunt pepercisse, cum perdere potuisses, quam perdere, cum parcere omnino potuisses *k*). Saepius igitur videmus accidere, ut quibusdam non minus prosint sua *calamitas* & res afflictæ, quibus omnes boni opem ferre student, quam aliis prosperi successus, quos plerumque odium & inuidia sequitur. Optime M. TVLLIUS illos, qui *infirmirate* aliqua lapsi sunt, non tam animaduersione & ultione quadam dignos, quam vel *miserandos* esse potius, vel *irridendos*, iudicauit *l*). Nimirum multae nos causae impellunt, ut infirmitati facile parcamus. Ipsa recordatio tot offensionum & errorum, quibus quilibet bonus interdum lapsus est, nos docet, ut in aliis feramus, quod in nobis olim ferri ac tolerari voluimus: ipsa etiam *miseratio* blandius, quam ira & indignatio, nos afficit: multi, quia se propius ad perfectionem accedere existimant, sibi plaudunt atque gratulantur & sensu quodam tacitæ voluptatis emolliti infirmioribus ignoscunt: denique, cum infirma ac *imperfecta* negotia, si M. TVLLIO credimus *m*), plerumque *conatum* rei maioris contineant, & spem futuri temporis ostendant, etiam *infirma* & sublapso potius subleuanda quam destruenda esse iudicamus. Humanissime APOLLINARIS SVLPICIUS apud Gellium *n*) adolescentem quendam, qui sermonem eruditorum hominum de Catone interpellauerat & sua immiscuerat, *laudauit*, quod audi-tiuncula quadam de Catonis familia adpersus fuerit, quamuis ignoraret caput eius controuersiae, quam illi agitabant.

Ignoscimus igitur infirmitati aliorum, & interdum *cum voluptate* in illam intuemur. Enimuero FABIVS QVINCTILIANVS *o*) ad officium oratoris pertinere ait, ut interdum *commendet infirmitatem* illius, quem defendit. In *infantibus* certe hoc maxime *amabile* censetur, si, annis adhuc innocentibus, *dimidiata* verba tentant; cum voces eorum, ipso offensantis linguae fragmine, *dulcius* aures afficiant, & iucundiores esse censeantur *p*). Hinc profectum est illud apud veteres:

Heu miseraunde puer — — q)

&

— — — miserabilis infans r).

qua

i) IUL. CAESAR. VII. de bell. Gall. 28. *k*) CIC. pro Quint. c. 16. *l*) CIC. I. de orat. c. 37. *m*) CIC. in orat. cap. 29. in fin. *n*) GELLIUS XIII. noct. Attic. 19. *o*) QVINCTIL. instit. orat. lib. IV. c. 1. *p*) MINVC. FELIX in Octauiano cap. 2. *q*) VIRGIL. VI. Aeneid. vers. 882. & X. Aeneid. vers. 825. *r*) OVID. epist. 7. vers. 135.

qua appellatione affectum, quo ipsa infirmitas nos trahit, prodiderunt. Ex eo fonte profluxerunt lacrymae illae, quibus parentes subinde infantes *dulcissimos* ^{s)}, *innocentissimos* ^{r)}, *mellitissimos* ^{u)}, *incomparabiles* ^{x)}, & si qua spes maior emicuisset, pueros *sapientes* ^{y)}, & *super aetatem nobilissimo ingenio praeditos* ^{z)}, *similes Deo* ^{a)}, *non sine DIs animosos* ^{b)} defleuerunt, quod antiqua marmora testantur. Neque alia ratione motus est *PAVLLVS*, ut *rusticitati* quorundam parcendum esse iudicaret, *l. 2. §. 1. D. si in ius vocat. non ier.* cum & haec prodat vel infirmitatem animi, vel consuetudinis vitium, quod interdum culpa vacat.

Extremo, ne quid omittam, ipsa natura, quae in minimis maxima est, quaedam animalia & opera debilia & infirmia edidit, non, ut contemnantur & opprimantur, neque ut prorsus *inutilia* & *infructuosa* sint, sed ut ipsa foueantur &, quamuis imperfecta sint, tamen aliquando profint & pariant aliquam utilitatem.

§. II.

Satis, credo, comprobauimus, odiosas esse nullitates, quas dicunt, & si qua fieri hoc possit, negotia etiam *imperfecta* & *infirmia* sustineri. Neque tamen hoc perpetuum est. Igitur, ne quis labatur, expediamus, *quo sensu* quaedam *nulla* & *imperfecta* appellentur. Generaliter enim, quae vel vim nullam habent, vel postea illam perdunt, *nulla*, *irrita*, *non rata*, *ca-duca*, *inutilia* dicuntur, quod *BARNABAS BRISSONIVS* notauit. ^{c)} Sed apparet, haec esse diuersi generis: quaedam enim *nulla* & *imperfecta* sunt, quia, quod *DECIVS* imperator ait, *plenum animi affectum non habent.* ^{d)} *l. 3 C. de acquir. & retin. poss.* Hoc est, quae magis coepta sunt, quam expedita, & quae conatum & umbram rei, quod *M. TVLLIVS* notat, magis, quam rem ipsam, continent, ut nondum constet de *seria voluntate* illorum, qui negotium gerendum susceperunt; quaedam, contra, *seria* quidem voluntate gesta sunt, sed ita tamen, ut *fructus plenus negotii impedimento quodam intercipiatur.*

Sed illa quidem, de quibus primo loco diximus, *quod plenum animi affectum non contineant*, etiam *infirmia* & *nugatoria* dicuntur. ^{e)} Traetauerunt eiusmodi speciem *SERVIUS* & *VARVS* & *LABEO* & *IAVOLENNVS*. *l. 25. D. qui testam. fac. poss.* Disputant enim de testatore, qui,

A 3

cum

s) *GRVTER*. op. infer. tom. I. p. 704. n. 8. p. 535. n. 4. p. 629. n. 7. p. 681. n. 2. p. 710. n. 3. r) *Id.* tom. I. p. 671. n. 13. u) *Id.* tom. I. p. 675. n. 13. x) *Id.* tom. I. p. 682. n. 9. y) *Id.* tom. II. p. 1057. n. 2. p. 1055. n. 4. z) *Id.* tom. II. p. 1037. n. 7. a) *Id.* tom. I. p. 717. n. 11. b) *HORAT.* III. carm. 4. vers. 20. c) *BRISSON.* de formulis. lib. I. n. 167. d) *CIC.* in orat. cap. 29. in fin. e) *CIC.* pro A. Caecina cap. 23.

cum testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, *prius quam secundos exprimeret heredes, obmutuisset*: sed SERVIVS & LABEO responderunt, *coepisse* illum magis testamentum facere, quam fecisse, ideoque illud nullum, nec heredes primos omnino heredes futuros, dummodo constaret, testatorum plures heredes pronunciare voluisse. Habes testamentum, in quo incertum est, ad quos velit testator *hereditatem totam* peruenire. Illa enim demum ultima voluntas plena appellatur, ex qua apparet,

— — — *quia prima secundo*

Cera velit versu, solus, multis ne coheres. f)

Igitur, si plures nuncupare voluit testator, non videtur plene significasse, ad quem velit vniuersitatem rerum suarum transferri. Quamuis enim intelligatur, quod partem aliquam hereditatis ad heredes primos pertinere voluerit, tamen quotam partem hereditatis testator heredibus primis destinaverit, hariolari nemo potest, nisi omnibus, coheredibus a testatore nominatis. Huic non dissimile est illud, quod IVSTINIANVS habet, cum testator vellet quidem testamentum facere, sed morbi acerbitate ita affectus esset, ut neque scribere posset neque articulate eloqui nomina heredum: hunc enim magis *pro mortuo habendum* esse censuit IVSTINIANVS l. 29. C. de testam. & quemad.

Itaque intelligis, si de plena voluntate agentis non constiterit, actum omnino nullum & imperfectum esse, ut sanari penitus aut interpretatione sustineri nequeat, ideoque *infructuosum esse*, quicquid molitus fuerit testator. Sed opportune addit LABEO, tunc hoc verum esse, *si constet*, plures cum heredes nuncupare voluisse d. l. 25. D. qui testam. fac. poss. ex quo loco cognoscimus, non facile *praesumi* negotium omnino nullum, sed *constare* debere, quod voluntas non fuerit perfecta. VLPIANVS enim auctor est, etiam tribus vel quinque verbis; *LVCIVS heres esto*, fieri testamentum posse, si nullo probabili indicio prodatur, plura adicere voluisse testatorem. l. 1. §. 3. D. de hered. inst. At vero magis generaliter IULIANVS & MARCELLVS in ambiguo illam interpretationem praefereunt, per quam voluntas obscura sustinetur. l. 12. & 24. D. de reb. dub. Et si res aliter extricari non possit, PAVLLVS, ex consuetudine testatoris & regionis coniectura probabili eruendum esse, ait, de quo senserit testator. l. 18. §. 3. D. de instruct vel. instrum. legato.

Quæ cum ita sint, apparet, in ambiguo quidem *plenam*, non *imperfectam*, videri testatoris voluntatem; sed, si plane intelligi nequeat, omnino *nullam & infructuosam* esse. Hinc TRAIANVS rescriptit STATILIO SEVERO, quod etiam in *testamento militis* utique constare debeat, testatorem,

f) HORAT. II. serm. 5. vers. 53. 54.

rem, conuocatis hominibus, facere omnino voluisse testamentum, cum ipsorum testatorum inter sit, ne illa, quæ *obiter* dicta sunt, temere pro testamento militis accipiantur, & vera illorum iudicia iocoso forte sermone, qui ipsis aliquando exciderit, subuertantur, §. 1. *inst. de testam. milit.* Eandem rationem etiam *VLP IANVS* secutus est, qui, duobus testamentis conditis, prius valere ait, si posterius non sit perfectum *l. 2. D. de iniusto rupt.* cum *imperfecta* voluntas posterior ne quidem sufficiat ad prius testamentum reuocandum.

Vides igitur, ne in testamentis quidem, quorum maximus fauor est, imo vero, ne in testamento militis quidem, quod multis privilegiis sustinetur, ratum esse, quod testator dixit, nisi constet de vera testatoris voluntate, idque constitutum esse, ne falsa & iocosa iudicia pro veris temere accipiantur. Sed his quidem talibus nulla afferri medicina potest, ideoque ea prorsus infructuosa sunt, & quasi nunquam facta pro nullis & irritis habentur. Vnum tamen admonendum est, in testamentis non præsumi illam nullitatem, neque probabile esse, quod testator in tanto solennitatis apparatu *nihil agere* voluerit & in ipso mortis articulo nugari. Hinc *impossibilem* etiam *conditionem*, sub qua heres institutus est, *pro non adiecta* potius habemus, & institutionem quasi puram accipimus, ne testator nugatus esse iudicetur *l. 1. 6. & 20. D. de condit. instit.* Contra, ut diximus, si manifestum sit, actum fuisse *nugatorium* & imperfectum, aut contraria & inter se pugnantia continere, nihil actum iudicamus. Igitur negotiis inter viuos, iisque minus solennibus, in quibus facilius iocum admittimus, *nihil omnino actum* dicitur, & tota res inutilis videtur, si *impossibilia* aut inter se pugnantia negotio contineantur, quod *MAECIANVS* obseruauit *l. 31. D. de oblig. & action.*

§. III.

Exposuimus de voluntate imperfecta, quæ non plenum affectum habet, adeoque irrita est & nugatoria, & fructu caret. Sed haut paulo secius de illis iudicandum est, in quibus *apparet* quidem, de quo illi, qui negotium contraxerunt, *senferint*, alio autem impedimento infirmantur, ut plenum omnino fructum non habeant, neque respondeant illius, qui negotium suscepit, voluntati. Hæc talia enim vel propter *legis prohibitionem* non subsistunt, & *turpitudinem* aliquam continent, aut certe iuris ignorantiam prouocant, quæ & ipsa turpis est, vel alio defectu & vitio debilitantur. Prius igitur de his videamus, quæ *turpitudinem* aliquam continent, & vel lege prohibente facta sunt, vel *iuris ignorantiam* & contemptum indicant. Sed in disputatione vix indiget, quæ *turpiter* gesta sint, auctori sue non prodesse, neque credendum esse illi, qui propriam turpitudinem alleget. Hoc enim *LABEO*, *PAVLLVS*, *MARCELLVS* atque *VLP IANVS* tradiderunt, *l. 2. Haec negotia* & 4.

nonnunquam *§ 4. D. de condict. ob turp. caus.* Sed luculentius imperatores THEO-
 contra vo- DOSIVS & VALENT. omnia, quæ lege prohibente contracta sint, non
 luntatem au- solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda esse, præceperunt, quamvis
 Etoris inter- ipsi legi prohibenti adiecta sit poena nullitatis, l. 5. C. de legib. Hæc
 preamur.

igitur non auctori suo non profunt, neque vllum fructum, ne-
 que actionem pariunt, sed, quantum ad auctorem turpis negotii attinet, pro
 infectis penitus accipiuntur. Ante aliquot annos ex vicina quadem academia
 ICtis Vitembergensibus oblata est eiusmodi species, in qua caupo, contra
 statuti prohibitionem, hospiti & conuictori suo ultra mensis spatium fidem
 habuerat de pretio pro alimentis mensuris promisso. Constitutum enim
 erat, ne adolescenti studioso pretium alimentorum & conuictus ultra men-
 sem crederetur. Caupo, qui per integrum annum alimenta dederat, pretio
 non exacto, anni integri pretium postulabat. Reus excipiebat, se nulliter,
 hoc est, nequicquam epulatam esse, cum lege prohibente sibi fides habita
 fuerit a caupone. Actor inuocabat Deorum & hominum fidem, seque ex pe-
 nore consumto satis intelligere clamitabat, quod non nulliter, sed vere &
 laute epulatus sit conuictor suus. Nos autem actorem ab actione repulimus,
 quia fidem habuerat hospiti contra legem prohibentem, & quia infectum vi-
 debatur illud negotium, quod propriam turpitudinem actoris contineret, ideo-
 que ipsi in iudicio prodesse non posset. Ita reus opimam prædam decem
 mensium alimenta gratis, nullo pretio exsoluto, abstulit.

Nihil igitur agit, qui contra legem prohibentem aliquid negotii moli-
 tur; sed hætenus duntaxat, ut ipsi auctori non profit, quod gestum est; cum
 ex aduerso contra ipsum turpitudine eius efficaciter omnino allegetur, & ipse
 etiam de damno sarciendo teneatur. Hoc enim iure utimur in omnibus de-
 lictis, & luculenter illud docent PAVLLVS, IULIANVS atque VLPIA-
 NVS, l. 1. & 2. D. de condict. ob turp. caus. Elegantissime hoc CAS-
 SIVS & PAVLLVS obseruarunt. Si quis enim dolo renunciauerit societati,
 hic quidem socium a se, non vero se a socio, liberabit, sed communicare lu-
 crum cum socio debet, lucro autem, quod socius postea acquisierit, ca-
 rebit. l. 65. §. 3. D. pro Socio. Hic igitur dolosam renunciationem alle-
 gare non poterit, si socius lucrum commune petierit, sed contra ipsum so-
 cius efficaciter excipiet de renunciatione facta, si ipse lucrum postulauerit,
 quod socio postea obuenit. Non multum vero ab his recedunt, quæ per
 ignorantiam iuris & neglectis substantialibus partibus a lege præscriptis et-
 iam temere suscepta sunt. Hæc enim ipsa etiam turpitudine non carent.
 PAVLLVS certe ius ignorare non permittit, l. 1. D. de iur. & fact. ignor.
 & PAPINIANVS ignauiam suam prætexentes non audiendos esse, ait,
 l. 78. §. 2. D. de leg. II. & IUSTINIANVS, desides homines ac iuris
 contem-

contemptores odiosa exceptione remouendos esse, affirmat. l. 3. in fin. C. de annal. except.

Imo vero, etiam *contra voluntatem* contrahentis, qui per iuris ignorantiam solennia neglexit & lapsus est, aut *turpiter* quid fecit, negotium interpretamur. Eo pertinet, quod, si quis, per nouationem, illud, quod alius debebat, sine tutoris auctoritate a pupillo stipulatus sit, *rem amittat*, cum posterior nouatio, neglecta tutoris auctoritate, sit *inutilis*, & *prior obligatio per nouationem, quamuis nullam & inutilem, sublata sit*, ideoque creditor, neque a priore debitore, qui per nouationem liberatus est, rem suam possit repetere, neque a pupillo, cum quo *nulliter* contraxit, §. 3. Inst. quibus modis toll. oblig. l. 1. §. 1. D. de nouat. Ex eadem iuris regula descendunt illa, quæ modo de *dolosa* renunciatione societatis diximus, quam *contra voluntatem* renunciantis socii ita interpretamur, ut ipsi hæc noceat, non socio, quem ipse per dolum a se liberauit d. l. 65. §. 3. D. pro socio. In his speciebus creditor & socius idem patiuntur, quod canis ille apud Phædrum g), qui

— — — carnem dum ferret natans,
Lympharum in speculo vidit simulacrum suum,
Aliamque prædam, ab alio ferri putans,
Eripere voluit, verum decepta auaritas,
Et, quem tenebat ore, dimisit cibum,
Nec, quem petebat, potuit adeo attingere.

Nouissime ante aliquot menses ICTI Vitembergenses causam non dissimilem tractauerunt. Proponebatur, Carfaniam defunctam *pacta dotalia* cum marito iniisse, ius autem variandi & aliter de rebus suis disponendi sibi reseruasse, & postea condidisse testamentum, in quo a pactis dotalibus discesserit, & res quasdam hæreditarias, marito antea in pactis dotalibus promissas, heredibus suis reliquisse. Heredes ex testamento hereditatem petierant a superstite marito, sed repulsi erant, quia *vitiosum* erat testamentum &, propter defectus quosdam, pro *nullo* atque *infecto* habitum fuerat. Igitur heredes, mutata actione, ex *pactis dotalibus* illa petenda esse censuerunt, quæ in pactis illis; ante testamentum initis, non marito, sed heredibus vxoris assignata erant. Ordo noster quidem etiam ab hac actione heredes depulit, & iussit illos secundum statuta loci succedere, cum pacta dotalia, reseruato iure variandi, per testamentum subsequutum, quamuis hoc *nullum* & *imperfectum* fuerit, *reuocata esse censeantur*, ideoque neque ex pactis dotalibus, neque ex testamento, agi possit.

Igitur

g) PHÆDRVS I. fab. 4.

Igitur testamentum illud *nullum*, contra voluntatem testatrix, interpretati sumus, ut heredes non solum ex testamento nihil acciperent, sed neque ex pactis dotalibus fructum caperent, quem illis sine dubio testatrix reliquisset, si potuisset praevidere infirmatum iri testamentum suum. In qua re eandem rationem secuti sumus, qua *VLPIANVS* & *IUSTINIANVS* vti sunt, *l. 34. pr. D. de legat. I. & §. 1. Inst. de ademption. legator. & translat.* Hi enim *translationem* legati, neglectis solennitatibus, *inutiliter* factam, tamen ut *ademptionem legati* valere censuerunt; quando quidem, qui rem Titio legatam in Iauolenum transferre voluit, certe Titio nuda voluntate efficaciter adimere voluit legatum, quamuis, propter sollemnitatem neglectam, ipsa translatio legati per se non fructuosa sit, sed inutilis & nulla habeatur ^{h)}. Legatum igitur manebit in hereditate contra voluntatem testatoris, qui Iauoleno prospicere voluit, non heredi.

Itaque, quæ propter ignorantiam iuris & neglecta solennia pro infectis habentur, aut turpiter facta sunt, tamen aliquando vim quandam & interpretationem accipiunt contra voluntatem eius, qui negotium suscepit.

Non alienum ab hoc loco est, quod *POMPONIUS* ait, *fructuarium*, qui usum fructum *extraneo cedat*, *nihil agere*, cum ius illud ad personam ipsius restrictum sit, sed *perire usumfructum*, atque ad proprietatem reuerti *l. 66. D. de iure dot. vid. l. 15. D. famil. ercisc.* Vides, cessionem, *nullo iure* factam, *contra voluntatem cedentis* ita accipi, ac si cedens *renunciauerit* iuri suo, quod *lege prohibente* in alium transferre voluit, quamuis ad hunc nihil perueniat ex illa cessione ⁱ⁾. Eodem iure de *feudi alienatione illicita* solemus iudicare. Si enim vasallus in alium transferre feudum voluerit sine consensu domini directi, *nihil ad emptorem* perueniet, cum venditio *contra legem prohibentem* facta *pro nulla* habeatur; sed ipse feudo *priuabitur*, quasi *renunciauerit* iuri suo per *illicitam* venditionem, *II. F. 44. & 55.* quod etiam Germani nostri probauerunt. *Ius feud. Al. cap. 26. Ius feud. Sax. art. 19. k)*.

Ab eadem iuris regula profectum est, quod *MODESTINVS* & *PAPINIANVS* responderunt: si quis rem, alii legatam, postea *donauerit* vxori, quamuis *inutilis* sit *donatio*, tamen legati reuocationem inutili illa donatione contineri: ut neque vxor, cui donatum est, neque legatarius rem accipiant, sed hæc apud heredem maneat contra voluntatem testatoris *l. 18. & 24. §. 1. D. de adimend. vel transfer. legat.* Idem *VLPIANO* in mentem venit. Hic enim *l. 6. D. de reg. iur.* eum, qui hereditatem in alium transferre voluerit, negat *heredem fieri voluisse*, quia consilium transferendi cum repudiatione hereditatis coniunctum esse videatur. Igitur nec ipse he-

res

^{h)} vid. præsidis dissertatio: *quomodo legatum nuda voluntate adimatur.* ⁱ⁾ *VINN.* in comment. ad §. 3. Inst. de usufruct. ^{k)} *STRVV. S. I. F. cap. 15. §. 11. n. 16*

res erit, neque ille, ad quem ius suum transferre voluit sed successioni ab intestato locus erit *contra heredis voluntatem*.

Opportune idem *VLP IANVS* alio loco præcipit, eum, qui testamentum tanquam inofficiosum *improbe impugnauerit*, illud amittere, quod ipsi legatum erat in eo testamento, *l. 8. §. 14. D. de inoffic. testam.* Ex quo loco apparet, querelam inofficiosi, quamvis *irrita* fuerit, & quamvis actor victus fuerit & depulsus a querela, tamen *vim aliquam habere*, & efficere, ut actor legato suo excludatur, quod non repudiaturus fuisset, si sciisset, querelam inofficiosi irritam futuram.

Sed de his speciebus deinceps locus erit exponendi.

§. IV.

Accepisti negotia, quae plenum quidem affectum voluntatis habent, sed propter legis prohibitionem aut defectum solennitatis & ignorantiam iuris infirmantur. Superest, ut de *alio impedimento* videamus, quod efficit, ut etiam perfecta voluntas *fructum plenum* nancisci nequeat, sed duntaxat ex parte aliqua sustineatur. Hoc accidit in illis negotiis, quae plures *actus perfectos continent*, quorum quilibet diuersam substantiam desiderat, si velimus eum ad *plenum fructum* peruenire. In his igitur, si *solemnia substantialia*, quae ad vnam partem requiruntur, deficient, sed obseruata tamen sint illa, quae ad alterum actum *perficiendum* pertinent, pars posterior sustinebitur, pars prior *nulla & irrita* dicetur. Ut, ecce, si quis velit testamentum condere, quod & heredis institutionem & legata continere debeat, sed quinque testes duntaxat testamento adhibeat, legata, quasi ex codicillo & fideicommisso, efficaciter petentur, heredis autem institutio *infirmata* est; cum haec septem testes desideret, quinque autem sufficiant ad *codicillos*, legata & fideicommissa.

Quaedam igitur negotia plenam quidem voluntatem habent, sed pro parte tantum sustinentur, ex altera parte *claudicant*, & per impedimentum aliquod iuris *infirmantur*. Haec talia, quamvis regantur *perfecta voluntate*, tamen *imperfecta* sunt, & pro parte quidem *nulla* atque *irrita* dicuntur, neque vero *prorsus infructuosa* sunt, sed vtilitatem aliquam pariunt, *fructu* autem *pleno*, quem contrahentes sibi proposuerant, destituuntur. Vix locus est dubitationi, quin haec negotia claudicantia possint *nulla & imperfecta* appellari. *M. TULLIVS* enim illud demum *perfectum* dicit, quod *expletum* est ^{l)}, & omnibus numeris *absolutum* ^{m)}, & cui *nihil addi posse* videatur ⁿ⁾.

B 2

Igitur

^{l)} *cic. II. de fin. c. 15.*

ⁿ⁾ *cic. in orat. cap. 1.*

^{m)} *cic. I. de orat. 28. & II. de natur. Deor. 13.*

Igitur imperfectum est, quod ex parte aliqua claudicat, & cui aliquid deest ad plenissimam utilitatem. Sed haec *imperfecta* etiam *nulla* appellantur, quia non implent auctoris sui voluntatem, §. 7. *Inst. quibus mod. testam. infirm.* Operae pretium fuerit inuestigare, quem fructum & effectum ex negotio *imperfecto* expectare posse videamur. At vero in negotiis quidem, quae ad ius *personarum* & *familiae* referuntur, quamvis haec, maxime propter sacrorum perturbationem, multas solennitates desiderauerint, tamen liberales fuerunt architecti legum Romanarum, ut, si haec negotia *plures actus perfectos* continerent, ipsa quidem subsistere iudicarentur ex illa parte, *quae nullam solennitatem desiderat*, quamvis pars altera, propter defectum solennitatis, infirmeretur. Bene enim apud CATONEM scriptum esse refert antiquitas, eum seruum, quem dominus, actis interuenientibus, *filium suum nominauerat*, liberum fieri, licet ei hoc ad ius filii accipiendum non sufficiat, §. 12. *Instit. de adoption.*

Habes negotium, quod duos actus perfectos continet. Dominus enim seruum suum *adoptare* in locum filii voluerat, adeoque etiam *libertatem* ipsi *dare* non detrectauerat, cum nemo iura filii & familiae consequi possit, nisi qui libertate sit donatus. Prior actus *adoptionis* inutilis & nullus videbatur, quia seruum duntaxat *nominauerat* filium suum, quod ad obtinendum ius filii, nulla solennitate adhibita, non sufficebat, l. 13. 14. *C. de probat.* Sed secius de parte posteriore illius actus iudicabimus, qua testator, cum seruum filium esse vellet, etiam libertatem illi dare voluisse censetur. Nimirum *libertatis datio*, cum *nuda voluntate*, nulla autem solennia, desideret, *sola nominatione filii* continebatur, l. un. §. 1. & 2. *C. de lat. libert. tollend.*

Igitur appellatio filii non habet vim adoptionis, sed valet ut manumissio, sine qua seruus adoptari non potest. Opportune enim PAVLVS & VLPRIANVS monuerunt, eum, qui *plus* possit & velit, etiam *minus* posse, & voluntate sua comprehendere, cum semper sub maiori etiam minus contineri videatur, l. 21. 25. *no. pr. 163. 165 D. de reg. iur.*

Generaliter igitur, si actu principali & maiori minus aliquod comprehendatur, quod omnibus numeris suis perfectum & absolutum est, hoc *minus* fructu & effectum non destituitur, quamvis *principalis* actus plenam substantiam non habeat, & propter defectum solennitatum, aut alia ex causa, infirmeretur, l. 11. *in fin. D. de liber. & posthum.* Vnum duntaxat admoneamus, si minor actus speciatim exceptus sit, ne sub actu principali comprehendatur, aut si conditio adiecta sit, ut ne minus quidem valeat, nisi maius & principale negotium subsistat, tunc neutrum efficaciter allegari, l. 7. §. 3. *de reb. eor. qui sub tut.*

In ceteris igitur speciebus, nisi aliud actum fuerit, sub maiori actu, qui solennitatem desiderat, etiam minor comprehenditur, cuius substantia salva est, quamvis principalis actus nullus & irritus dicatur. Sed res disputatione vix indigeret, nisi PAVLLVS noster turbas daret, & sibi ipsi contrarius esse videretur in hoc argumento. Idem, inquam, ille PAVLLVS, qui antea in maiori semper etiam minus inesse dixerat, l. 110. D. de reg. iur. mox, mutata ratione, præcipit, si principalis causa non subsistit, ne ea quidem valere, quæ sequantur, l. 129. & 178. D. de reg. iur. Videtur igitur PAVLLVS omnino infructuosum iudicare negotium, in quo causa principalis non subsistat. Sed certius est, PAVLLVM non locutum esse de negotiis duobus perfectis et separatis, quæ vno actu continentur, sed de his duntaxat, quæ sequuntur, tanquam EFFECTVS ET INSTRUMENTA causæ principalis. Effectus enim et instrumenta corruunt, si causa deficiat, ex qua effectus dependet, et propter quam media et instrumenta comparantur. Secius igitur iudicandum, si vno actu duo negotia perfecta & separata, quorum utrumque per se vim suam habere & subsistere potest, comprehensa fuerint. In his enim regulam iuris sequimur; quod *utile* per *inutile* non vitietur, & quod sub *maiori minus* etiam intelligatur.

Igitur negotium principale inutile vim tamen negotii minus principalis, sub eo comprehensi, sine dubio habebit, si modo solennia minus principalis negotii salva sint, & perfectam ostendant voluntatem. Quare efficitur, ut etiam adoptio inutilis, prout docuimus, valeat tanquam manumissio, quæ nullius solennitatis indiget, atque ipsa adoptione continetur. Non dissimilem speciem tractauit PAVLLVS l. 132. D. de verbor. oblig. in qua quis filium alterius absque solennitate hac formula suscepit: *se eum non aliter quam filium obseruaturum esse*, & poenam stipulationi adiecerat, quam soluturus esset, si ipse desereret officium parentis. Hac enim stipulatione, quamvis ius filii non acquiratur, ideoque hæc adoptio nulla sit, hoc tamen efficitur, ut filius, ita susceptus & *nulliter* adoptatus, temere domo expelli aut exheredari & excludi emolumentis filii non posse videatur. Et hoc quidem iure vitimur, si ad statum personarum pertineat negotium susceptum.

§. V.

Superest, ut de *iure rerum* exponamus, & imprimis de *ultimis volun-* *Negotia quæ*
tatibus & de usufructu, cuius beneficio contendimus ad ius reale conse- *ad ius rerum*
 quendum. Non ero verbosus in re manifesta. Superiori enim capite *pertinent in-*
 comprobatum est, in ambiguo eam interpretationem eligendam esse, cuius *primis vlti-*
 ope res potius *sustineatur* quam inhioretur l. 12. & 24. D. de reb. dub. *mae volunta-*
 Non attingam, quæ de *clausula codicillari* a multis copiose tradita sunt *tes & usua-*
 Non attingam, quæ de *clausula codicillari* a multis copiose tradita sunt *o), pionis titu-*
 Con- *lus ex parte*

B 3

*) STRVV. S. I. C. exercit. 34. §. 61. seq.

*interdum va-
lent si pars
quaedam sit
perfecta.*

Constat enim inter omnes, illam efficere, ut testamentum, detracta quarta Trebellianica, valeat ut codicillus ab intestato, vel ut fideicommissum, quamvis deficient solennitates testamenti; dummodo illa non neglecta sint, quæ ad formam substantialem codicilli fideicommissi requiruntur. Vnum *VLPIANVS* monet, quod testamentum non valeat ut codicillus, si testator *non voluerit* supremum iudicium suum valere iure codicilli *l. 1. D. de iur. codicillor.* Sed in dubio, ut diximus, præsumitur enixa voluntas testatoris, ut quacunque ratione valeat omnino testamentum. Igitur *VLPIANVM* in *lege 1. de iure codicillorum* de illa specie duntaxat interpretor, si testator expresse & luculenter declarauerit, quod nolit omnino successores ab intestato hereditatem suam attingere, cum hoc necessario fieret, si testamentum valeret iure codicilli.

Sed omittere non possum, quod *SCAEVOLA l. 76. D. ad SCtum Trebel.* tractauit. Ait enim, si pater filio heredi instituto *pupillariter substituerit* in codicillis, inutilem quidem esse substitutionem, cum pupillaris substitutio septem testes desideret & omnem solennitatem perfecti testamenti; tamen benigna interpretatione receptum esse, ut hereditas substituto, *quasi ex fideicommissso*, debeatur. Ex hoc loco enim intelligitur, substitutionem *inutilem*, ut omnia testamenta *imperfecta*, non prorsus vim suam perdere, si forma substantialis fideicommissi non neglecta sit in suprema testatoris voluntate.

Sed maxime in *legatorum* interpretatione obtinuit, ut, quamvis imperfecta, benignius accipiantur, ne pereat beneficium a testatore liberaliter relictum. Eo pertinet, quod si legatum sit Sempronio amico, & plures sint Sempronii amici, legatum illi relictum censeatur, qui maiore caritate & iure familiaritatis arctiori cum testatore coniunctus fuerit, quamvis imperfecta sint verba testatoris *l. 10. pr. D. de reb. dub.* Magis meretur observari, quod heres, qui iussus sit *rem alienam redimere* & legatario præstare, si redimere nequeat, *aestimationem* seu *pretium* illius rei legatario præstare teneatur; cum appareat, testatorem, dum rem alienam redimi voluit, quamvis redemptio sit impossibilis, tamen voluisse pretium seu rem eiusdem pretii ad legatarium omnino peruenire. Hoc enim *GAIVS* noster docet *l. 14. §. 2. D. de leg. III.* Dicemus igitur, legatum, cuius præstatio *impossibilis est*, per se quidem infirmum atque nullum esse, sed eatenus tamen ualere, quatenus sub *maiori* legato etiam *minus* continetur. Cum itaque aestimatio sit res minor quam ipsa res legato comprehensa, tamen minus illud, hoc est, aestimatio, debetur, ut ita satis fiat voluntati testatoris *p)*.

Generaliter *IUSTINIANVS*, mentem testatoris inspiciendam esse, ait, non haerendum esse in verbis, ut ne vitium quidem *tabellionis* heredi aut lega-

p) vid. præsidis dissert. de legato tacito & implicito.

legatario noceat, si constet de mente testatoris *l. 24. C. de testam. & quemadm.*

Quæ cum ita sint, fauemus negotiis etiam *imperfectis*, per quæ dominium vel ius reale alicui acquiri debet, si illa possint interpretatione sustineri. Opportune HERMOGENIANVS, legatum etiam non iure relictum, ait, *usucapi posse* pro legato, si bona fide res fuerit possessa, quamuis ex titulo inutilis legati, *l. 9. D. pro legato*. Hanc rationem semper videtur secutus esse HERMOGENIANVS in definiendo iure *usucapionis*, ut sufficiat quoque titulus imperfectus, in quo perfectum aliquid contineatur. Igitur quamuis venditio, *donationis causa* facta, non sit vera venditio, tamen, si res tradita fuerit, ex HERMOGENIANI sententia quasi donata usucapietur, *l. 6. D. pro donato*. Quandoquidem enim, qui donationis causa vendidit, tacite donauit, & rem gratis ad alterum peruenire voluit; ad usucapionem sufficere visa est donatio implicita, quæ venditione illa tacite comprehenditur. Sed de hoc argumento capite proximo trademus.

Discedam ab hoc loco, si de testamento *parentum nullo & inofficioso* aliquid addidero, quod antea adicere volebam. Videlicet constat inter omnes, *heredis institutionem* esse *fundamentum* totius testamenti, quo sublato, necesse est, omnia *accessoria* supremæ voluntatis corruere & *infirmari*. Igitur, si per querelam nullitatis aut inofficiosi testamenti heredis institutio rescissa fuerit, subtili iure non solum heredis institutio, sed totum etiam testamentum quasi *caducum & nullum* vim suam perderet, ut ne legata quidem deberentur. Sed imperatoris benignitas effecit, ut legata nihilominus consistent, quia ad officium liberorum pertineat, ut exsoluant legata: modo constiterit de *perfecta & enixa* voluntate testatoris, *nov. 115. cap. 3. seq.*

§. VI.

Satis diximus de *suprema voluntate*, sed magis interest, ut de negotiis *inter vivos* diligentius dispiciamus. Mortui enim illi facile ignoscent nobis, si quid præter illorum voluntatem, cuius fructus ad ipsos non pertinet, constituiamus, & heredes, qui ex aruis alienis messem capiunt, etiam modico lucro contenti esse possunt, quamuis minus, ac testator voluerit, ex obscuro eius testamento consequantur. Sed *inter vivos* magis refert, ut negotia subsistant, de quorum prouentu ipsi gaudere possunt & ex quibus ipsi fructum aliquem utilitatis capiunt. Igitur hæc quoque, quæ *inter vivos* gesta sunt, interpretatione, si fieri hoc possit, sustinemus atque confirmamus, ne prorsus irrita & caduca videantur. Et primo quidem DECIVS ex PAPIANIANI *responsis* observauit, possessionem rerum donatarum efficaciter infantibus tradi posse. Quamuis enim possessio, non solum corpore sed etiam *animo* acquiri debeat, infans autem non habeat plenum *animi affectum*, *l. 3. C. formulario de observatur*

præscriptio de acquir. vel retin. poss. visum tamen est sufficere, quod infantes plerumque malint rem, quam non intelligunt, habere quam amittere, qua voluntate, quamvis imperfecta, videntur acquirere possessionem.

*per citatio-
nem inter-
rumpitur
quamvis li-
bellus sit in-
eptus.*

Sed maxime in *contrahendis negotiis* iuris interpretes aliquid fragilitati dandum esse censuerunt, ut etiam imperfecta negotia, quæ rota & integra non subsistunt, ex parte illa, quæ *perfectam substantiam* accepit, ita subleventur, ne *nihil actum* esse videatur. Res erit luculentior in exemplis. Igitur pauca attingemus. Et primo quidem, licet expeditum sit, quod nihil magis consensum perturbet, quam *vis & error*; tamen ne *errorem* quidem prorsus infirmare negotia placuit. Valet enim emptio, si de *corpore* vendito & de *genere materiæ* consentiamus, licet in *qualitate speciali* materiæ fuerit erratum. Ita PAVLLVS rem definit, l. 21. §. 2. *D. de act. emt. & vendit.* sed subtili quidem iure, quoties *error* in quacunque parte interuenerit, negotium deberet infirmari, quod VLPIANVS EX MARCELLO monuit l. 9. *D. de contrahend. emt.* Enim vero, si in præcipuis partibus vere consensimus, obtinuit, contractum sustineri, & errorem actione empti atque præstatione eius, quod interest, corrigi, nisi ipse emptor, ob insignem errorem, malit discedere ab emtione l. 11. §. 5. *D. de act. empti & vendit.*

Imo vero longius processit benignitas interpretationis, ut sustineamus negotium, quamvis in *ipsa specie contractus* dissentiant illi, qui negotium susceperunt, modo in idem *genus contractus* consensisse videantur. Eleganter IULIANVS hoc tractauit in illa specie, si quis nummos Titio dederit *animo donandi*, sed TITIVS mox illos redditurus *quasi mutuos* accepit, adeoque non conuenerit inter partes, ex qua causa nummi, ex mutuo an ex donatione, ad Titium translati sint. Sed IULIANVS ait, dominium nummorum ad Titium transiisse, cum partes consenserint in *genere contractus*, l. 36. *D. de acquir. rer. dom.* Vterque enim in eo conueniunt, quod nummi liberaliter ex *contractu benefico* ad Titium peruenire debeant ex mutuo vel ex donato; quapropter non infirmum est negotium, quamvis illud subtili iure impugnari posse arbitretur VLPIANVS, l. 18. *D. de reb. cred.* Sed de hoc argumento alio loco copiosius exposui. 9)

Eodem pertinet, quod *nouatio* debiti, quamvis inutiliter facta & vitiosa sit, *liberationem* prioris debitoris continere videatur, quod supra obseruatum est ex §. 3. *instit. quibus mod. tollit. oblig.* Nimirum possumus etiam inuitum & ignorantem *nuda voluntate* liberare, l. 53. *D. de solut.* Sed qui *nouare* vult, id agit, ut priorem obligationem dimittat, nouam constituat. Igitur, quanquam noua obligatio sit irrita, tamen valebit ut remissio debiti prio-

9) vid. præsidis dissertatio: de proprietate rei donatæ ad eum, qui quasi mutuum accepit, transeunte.

prioris, quæ perfecta est, & nuda voluntate fieri potest, atque ipsa nouatione continetur. Debitor ergo prior liberatur, nisi prætor interueniat ex singulari causa æquitatis.

De *cessione vsusfructus* antea diximus, quod *nulla* sit, si extraneo cedatur; sed, quia tamen *cessio* illa *renunciationem* vsusfructus continet, quæ semper permessa est fructuario, *cessio* vsusfructus *ut renunctio* valebit, quare vsusfructus redibit ad dominum proprietatis, l. 15. D. famil. ercisc. Sed de *cessione actionis & hypothecæ* iudicialis interdum acrius disputatum est. Hæc enim *cessio* nominis proprie est *venditio*, continet autem etiam *mandatum*, quandoquidem *cessionarius*, *ut procurator in rem suam*, non proprio, sed *cedentis*, nomine agit, adeoque easdem exceptiones timere debet, quæ cedenti efficaciter opponi possent, l. 66. §. 2. D. de euct. Imo vero iure Saxonico electorali sapientissime constitutum est, ut, si *cessionarius* ex iure *cessio* agat, non solum ipsi, sed etiam cedenti, in eadem lite iuramentum deferri possit, quasi ipse cedens litem instituerit per procuratorem suum, ord. proc. sax. recogn. tit. 18. §. 6. At vero, ut diximus, res illa aliquando in controuersiam adducta est, an *cessione* hypothecæ iudicialis inutili *mandatum* etiam contineatur. Extraneus quidam creditor, iurisperitissimus, sed iuris Saxonici immemor, fratri suo hypothecam iudicalem priuatim cesserat, hoc consilio, ut frater per aduocatum suum debitum peteret & exigeret a debitore, utque ambages mandati specialis euitaret. Vere suberat *mandatum*, quod ex verbis: ut frater debitum *nomine cedentis* exigeret, ex solle die Schuld an seine Statt eintreiben, luculenter apparebat. Sed *cessio* hypothecæ *nulla* erat, cum hæc quidem absque iudicis confirmatione non subsistat: quod in Saxonia electorali lege speciali cautum est, ord. proc. sax. rec. tit. 46. §. 2. Interim debitor facultatibus lapsus conturbauerat. Orto *concurso creditorum*, *cessionarius* petebat debitum in termino liquidationis, quem dicunt. Curator litis excipiebat, *cessionem priuatim factam omnino nullam esse*, hinc nec *cessionario* hypothecam competere, neque cedenti, qui iuri suo renunciauerit per inutilem *cessionem* hypothecæ, & qui ipse certe debitum per mandatarium petere debuisset in termino liquidationis, in quo omnes creditores sub *poena præclusi* adesse iussi erant. *Cessionarius* replicabat, *hac cessione mandatum contineri*, &, quamuis *cessio* nulla sit propter defectum confirmationis, tamen hanc *cessionem* valere *ut mandatum*, quod nullam confirmationem iudicis requirat. Res in ambiguum adducebatur. Enim vero, si ex *iure communi* respondeamus, nisi aliud *lege prouinciali* cautum sit, certius est, hanc *cessionem* valere *ut mandatum*, & rem ita accipiendam esse, ac si creditor cedens ipse per mandatarium hypothecam suam allegauerit in termino liquidationis, ne iure suo excludatur. Est enim *poena priuationis* odiosa, neque, nisi speciatim ipsi legi adiecta sit,

locum inuenire solet. Non obstat, quod *fructuarius* ius suum *amittat*, si extraneo cedat *vsufructum*. Nimirum *fructuarius*, dum *vsufructum* extraneo cedit, *aliam personam* in locum suum *substituit cum incommodo* domini proprietatis; cum *substitutus*, integer forte & adolescens, diutius *vsufructum* vsque ad mortem suam retinere possit, quam primus *fructuarius* senex & infirmus. Igitur *amittitur* *vsufructus* per *cessionem* inutilem, ne dominus *incommodo* afficiatur. At vero, per *cessionem* hypothecae priuatam, *conditio* debitoris *non fit deterior*, cum eadem *cessionario* exceptiones opponi possint, quae cedenti obstant. Quare, si nihil in fraudem legis gestum sit, facilius toleramus *cessionem* hypothecae quam *vsufructus*, & poenam priuationis certe remittimus in negotio, quod fauorem aliquem meretur. In hac specie igitur *cessio* hypothecae *inutilis* valebit *ut mandatum*.

Eodem iure utimur in *transactionibus*, quae iure subtili tunc demum vim suam habent, si *de re dubia* fuerit *transactum*, l. 1. *D. de transact.* Qua re efficitur, ut *de re iudicata* proprie transigere nequeamus; quandoquidem res iudicata tollit *dubitationem* & *certum aliquid* definit, l. 32. *C. de transact.* Sed licet tamen victori *minus accipere*, quam ipsi adiudicatum erat. Igitur, si victor transegerit cum victo, ut *minus solvatur*, *partem debiti remisisse* censebitur, & *transactio* inutilis valebit ut *pactum remissorium*, quod *transactione* illa continetur & semper permissum est modesto creditori.

Res plus difficultatis habet in *nudis* et *imaginariis contractibus*, veluti, cum quis rem *vendit* pretio constituto, sed illud pretium se non exacturum esse promittit *animo donandi*. Constat, *venditionem* nullam esse, cum *substantia* huius contractus requirat, ut res *pro pretio* vendatur, & PAVLLVS doceat, rem nequidem *alienari per imaginariam venditionem* l. 55. *D. de contrah. emt.* Possit igitur dubitari, an non hac venditione, quamuis *inutili*, *donatio* contineatur quae sine pretio constituto perfecta est. Certius videtur, si nihil in fraudem legis gestum sit, venditorem pretium exigere non posse, cum exceptione *remissionis* submoueri queat. Apposite enim HERMOGENIANVS monet: l. 6. *D. pro donato*, *donationis causa* facta venditione, non pro emto, sed pro *donato* rem traditam *vsucapi*. Quae cum ita sint, *donatio* continebitur *imaginaria venditione*. Tolerabantur hi contractus iure veteri in emancipatione liberorum, in testamentis per aes et libram, in dotis constitutione l. 66. *D. de iure dot.* et quoties aequitas illud suggerebat. Nos quoque in *geradae* & *heergewettae* venditione, propter summum huius negotii fauorem, non adeo scrupulosi sumus, quamuis venditio illa *imaginaria* esse videatur. Ausim igitur affirmare, PAVLLVM in l. 55. *D. de contrah. emt.* in qua prorsus damnat *nudam* & *imaginariam* ven-

venditionem, de illa specie intelligendum esse, si negotium in fraudem legis susceptum fuerit, aut si partes non *vere consenserint* in donationem, sed *nil agere* & nugari voluerint imaginaria venditione. Secus igitur iudicandum est, si *conuenerit* inter partes, vt sit donatio, & donator solo pallio atque inani titulo imaginariae venditionis rem texerit, forte ne heredes eius indignentur, si videant sibi aliquid eripi aperta & explicita donatione.

Non absimile est illud, quod *promissio facti alieni rem impossibilem* contineat, adeoque *inutilis* esse videatur, sed, si tamen *poena conuentionalis*, cuius promissio *per se perfecta* est, huic stipulationi adiecta sit, poena peti possit ex *inutili contractu*, qui duas promissiones, alteram facti alieni inutilem, alteram efficacem poenae stipulationem continet, §. 20. *Instit. de inutil. stipulat.*

Hoc igitur iure in contractibus utimur, vt etiam inutile negotium valeat, quod duplicem actum, alterum imperfectum, alterum perfectum, continet, vt ex parte perfecta fructus aliquis sperari possit. De *iure formulario*, quod alias subtile & scrupulosum est, tribus verbis aliquid monebo. Constat, in *criminali* iudicio, & quoties de poena delicti quaeritur, *leuerationem* non admitti. Sed leuatio tamen continet speciem *defensionis*, quæ permessa est in quæstione delictorum. Saepe reorum aduocati contra sententias, in quibus non solum causa ciuilis decisa est, sed etiam *poena delicti* reis irrogata, *leuerationis remedio* vtuntur, etiam vt poena *mitigetur*. Et obtinent mitigationem poenae, si argumenta graui adducant; cum leuatio, quantum ad delicti poenam attinet, pro defensione accipienda sit, quae nunquam fere reis denegatur.

Extremo de libello inepto constat, illum, quasi nunquam prolatus fuerit, pro *nullo* & *inutili* haberi, neque efficere, vt *ius praeventiois* aut *litis pendentis* allegari possit, quamuis iudex reum citauerit, vt respondeat ad ineptum & inutilem libellum. Sed *inepto* etiam libello actor declarat *animum persequendi ius suum in iudicio*, & sufficit ad *praescriptionis interruptionem* *interpellatio iudicialis*, qua serio testamur, nos ius nostrum dimittere omnino noluisse, quamuis igitur libellus ineptus vim libelli plenam non habeat, tamen *praescriptio* per illum *interrumpetur*, si aduersarius citatus fuerit a magistratu. Sapientissime enim in Saxoniae electoratu constitutum: Wann auch schon die Klage angebrachter Massen verworfen worden, soll dennoch die vorher ergangene Citation *effectum interrumpendae praescriptionis*, keines weges aber praeventiois & litis pendentiae, haben, *ord. proc. saxon. rec. tit. 5. §. 4.*

Haec igitur, de quibus adhuc disputauimus, vim quidem aliquam exerunt & fructum pariunt, sed tamen, vt antea monui, imperfecta atque etiam *nulla* appellantur, quia non *expleant* consilium illius, qui negotium

suscepit. Elegantissime VELLEIVS PATERCVLVVS ^{r)} M. Antonium de caede Ciceronis frustra sibi plaudentem hac formula deridet: „*nihil egisti, M. Antoni, nihil, inquam, egisti, mercedem coelestissimi oris & clarissimi capitis abscissi numerando. Rapuisti tu M. Ciceroni lucem sollicitam & aetatem senilem & vitam miseriorem te principe, quam sub te triumuiro mortem: famam vero gloriamque factorum atque dictorum adeo non abstulisti, ut auxeris. Viuit, viuetque per omnem seculorum memoriam, omnisque posteritas illius in te scripta mirabitur, tuum in eum factum, execrabitur, citiusque mundo genus hominum, quam laus eius, cadet.*„

Sed haec quidem de fructu & effectu negotii inutilis & imperfecti in mentem venerunt. Plura addere non vacat.



LXXV.

OBSERVATIONES

DE

SERVITVTE NECESSARIA

COMPENDII CAUSA

PRAEDIO VICINI IMPONENDA.

AD L. XII. PR. D. DE RELIG. ET SVMT. FVN.

VITEMBERGAE, DIE OCTOBVIS A. Q. S. P. EST. CIO ID CC L.

L. XII. pr. D. de relig. & sumt. fun. cet.

VLPIANVS LIB. XXV. AD EDICTVM.

*Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, & a vicino ire prohibeatur, imperator ANTONINVS cum patre rescripsit: iter ad sepulchrum peti precario & concedi sole-
re, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum ad-
iunctum*

^{r)} VELLEIVS PATERCVLVVS historiar. Rom. lib. II. cap. 66.

iunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur. Praeses etiam compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

§. I.

Quanto diligentius agricolae ipsam naturam colunt, eiusque vi-
res & viscera scrutantur, tanto facilius discunt & intelligunt, eam paruo, ^{Subtilitas}
aut certe modico, contentam esse, illosque, qui provide & circum- ^{parfimoniae}
specte ipsi obsequantur, ex sumtu exiguo & modico labore fructus co- ^{agricolas do-}
piofiores expectare posse, quam qui effuso impendio & inepta sedulitate ^{cuit compen-}
& rem & operam consumunt. Ipsa igitur necessitas eorum fructuum, qui- ^{dia opera-}
bus carere vita hominum non potest, ipsi sudores, quibus isti fructus quae- ^{rum & sum-}
rendi sunt, rusticos illos docuerunt cautius mercari, & agnoscere benignita-
tem naturae, quae diuina quadam prouidentia & lege ita constituta est, ut
nemini, ne quidem egenis & pauperculis hominibus, si rem gnauiter & cum
cura administrent, quidquam deesse patiatur. Nimirum si C. PLINIO SE-
CVNDO fides est ^{a)}, subtilitas parfimoniae compendia rei rusticae inuenit,
neque alii sunt peritiores magistri, quam agricolae, ex quibus discere possis,
labori superuacuo parcere & sumtus minuere, & modico impendio atque
exiguo labore messem locupletiolem & magnas utilitates procurare.

Haec est illa

— — — patiens operum, paruoque assueta, inuentus, ^{b)}

quae sine magno incommodo magnas diuitias parat,

— — — Ditis examen domus. ^{c)}

Igitur mirum quidem videbitur, sed ratione non caret, illud veterum prae-
ceptum ^{d)}, nihil minns expedire, quam agrum optime colere: cum, quod
idem PLINIUS ^{e)} ait, bene quidem agrum colere necessarium, optime vero,
et cum magno sumptu, sit danrosum, & impendii ratione posita, spem
et laborem domini deludat.

Hos itaque abauī veros demum fructus putauerunt, qui quam mini-
mum impendii haberent ^{f)}, et melius esse iudicarunt, quasdam messes non
colligere, quam magno illas impendio parare.

C 3

Igitur,

^{a)} PLIN. XVII. histor. natural. 22.

^{b)} VIRG. II. georg. vers. 472.

^{c)} HO-

RAT. epod. od. II. vers. 65.

^{d)} PLIN. XVIII. hist. nat. 6.

^{e)} PLIN. I. c.

^{f)} PLIN. eod.

Igitur, ut diximus, *incommoditas* duri & ardui *laboris*, & *fructuum* agrestium *necessitas*, parsimoniae studium ad *subtilitatem* aliquam adduxit, & haec subtilitas rusticos *compendia* docuit, quorum ope & labores & sumptus imminuerent, & efficerent, ne *impensum fructus superaret*, sed, ut messis *rependeret* pretium impensarum & durissimi laboris. Solebant enim *compendium* a *pendendo* appellare, cum modulus contrahebatur, & fructus ad rationem sumptuum & operarum expendebantur. Hinc enatum est illud *compendium itineris & sumptuum*, quod MODESTINVS commendavit l. 16. pr. D. de legation. Sed in primis *compendium temporis & edictorum*, quod, teste ULPIANO, etiam praetor non auersatur, qui pro conditione causae, personarum aut temporis, vel pluribus edictis, vel vno tantum, utitur, vel ordinem edictorum *compendio* subinde moderatur, l. 72. D. de iudiciis. Imo generaliter non videtur *lucrum* esse, nisi quid *compendio*, id est, quadam *parsimonia*, quaeratur. Omnes enim fructus *compendia* dicuntur, si PAVLLO fides est l. 95. §. 2. D. de usufruct. & quemadmodum. Ideoque *compendia* damnis opponuntur, quod AFRICANVS observauit, l. 29. D. ex quibus caus. maior. Sed maxime, ut antea monui, quae cum *imminutione sumptuum & laboris*, alias consueti, acquiruntur, *compendia* dicta sunt, quae a meris *lucris* atque ab ipso etiam *quaestu* seiunguntur. PAVLLVS enim habet collibertos quosdam, qui *lucris*, *quaestibus*, *compendii* societatem inierant; ut appareat, non omnia *lucra*, neque omnem *quaestum* esse *compendium*, sed hos duntaxat fructus, quos cum *parsimonia & imminutione laboris* ac *sumptuum* quaesiuimus, inter *compendia* referri, l. 71. §. 1. D. pro socio.

Et profecto fauent iura nostra frugalitati & *compendiis*, quae *sumptus* imminuunt, & fructus minori labore ac tempore modico redimunt aut acquirunt, quos alii magno *impensum* & per ambages parauissent. Vnum PHILIPPVS excipit, si quis occasionem iuris ad *iniquum compendium* traxerit l. 9. C. de usucap. per emtor. ut damno alterius locupletior factus esse videretur. Ex eadem enim causa idem imperator damnat *occultum compendium*, quod suspicionem fraudis parit, ut pleraque negotia, quae *clanculum* administrantur l. 4. C. de crim. stellionat.

Extra has species igitur fauemus *compendiis honestis*, per quae fructum aliquem & incrementa rei familiaris ita quaerimus, ut, in his parandis *sumptui*, *labori* & *tempori* parcamus. Enim vero non solum rustici, sed etiam elegantiores illi homines, qui in aulis principum & ciuitatibus aluntur, quaerunt viarum & *itinerum* maxime *compendia* & *vias compendiaras*, quas etiam M. TVLLIVS CICERO g), si per illas ad gloriam per-

venire

g) CIC. II. offic. 12. & videat. PLINII histor. natur. v. 5.

veniri possit, & F. QVINCTILIANVS ^{h)} laudauerunt. Recte enim VEN-
NVLEIVS noster derisit illos, qui, cum via compendiarie eo, quo destina-
verant, possent euadere, ipsi sibi impedimento sint & longiori itinere vtan-
tur, l. 14. §. 1. D. de itin. actuque priuat. Certe seruus ille, apud PLAV-
TVM), parum abest, quin laudet eum, qui se ex alto praecipitauerit ad
illum locum, quo destinauerat, ne longiori itinere & molestiori descensu
opus esset, ideoque

ad saxum, quo capeffiuerat, eo deorsum ceciderit

atque ita

errationis fecerit compendium

Habes compendia, quae plerique homines *frugi*, si postremam spe-
ciem praecipitis compendii excipias, propter commoditatem urbanorum &
ruricorum, subinde praediorum diligentissime sectantur. Sed in praediis ru-
sticis, quantum referat, itineris & viae vti compendio, quod institutum no-
strum postulat, curatius inspiciamus.

§. II.

Nimirum perit spes utilitatis, quam tot compendiis laborum & sum-
ptuum quaerimus, & fructus fere corrumpitur, nisi *itineris* etiam & *via-*
rum compendio, *aditusque* & *exitus* facilitate, cultura praedii rustici inpri-
mis, subleuetur; vt *inutile praedium* videri possit, ad quod non commo-
dior *aditus* pateat, aut ex quo non possis commode *exire*. Certe CATO
noster ^{k)}, atque ex illo PLINIVS ^{l)}, praecipunt; si fundum emere volue-
ris, circumspiciendum esse, vbi *introeas* & vbi *exitum* habere possis.
VARRO etiam rationem praecepti dedit, quia maximum momentum spei
& fructuum versatur in *uecturis*, vt *viae* sint, vnde *importari* possint,
quae vsus desiderauerit, & *exportari*, quae venalia in fundo habeantur.
Quae res effecit, vt illud praedium inprimis CATONI ^{m)} & VARRONI ⁿ⁾
commendandum esse videatur, vbi vicinum sit mare, aut flumen nauigabile,
aut oppidum etiam validum, quod facile adiri possit, vt *inuectus euectusque*
per vias aut nauigia commodior sit domino, fructusque fundi augeantur.
Addit etiam aliam causam COLVMELLA, vt dominus libentius veniat ad
fundum, si *vexationem viae* non reformidet ^{o)}, vtque minori sumptu ad
praedium perueniat, si conductis iumentis, quod ille vtilius esse iudicat, vta-
tur. Opportune enim PALLADIVS ^{p)} obseruat, *viae malitiam* aequae &
volupta-

*Itinerum &
viarum ne-
cessitas in
praediis ru-
sticis & vr-
banis fundo
optimo ma-
ximo vendi-
to etiam adi-
tus praestan-
dus est.*

^{h)} QVINCTIL. II. instit. orator. 15.

^{k)} CATO de re rust. c. 1.

ⁱ⁾ PLAVT. Rudent. act. I. scen. 2. vers. 89.

^{l)} PLINIVS XVIII. histor. natur. 5.

^{m)} CATO de re rust. cap. 1.

ⁿ⁾ VARRO I. de re rust. 16.

^{o)} COLV-

MELLA I. de re rust. 3.

^{p)} PALLADIVS I. de re rust. 6.

voluptati & *utilitati* aduersam esse, vt praestet fundum non colere, ad quem difficilius peruenias, aut ex quo duriori via debeas exire.

Imo vero etiam vicinis necessario molesti sunt, qui *via* minus commoda vehuntur, cum soleant iter facientes, si via aspera aut riuus interrupta aut difficilior fuerit, in agrum vicini diuertere &

— — — *Negata tentare iter via q)*

atque per fundum vicini commeare, quod *VIVIANVS* apud *VLPIANVM* obseruauit *l. 1. §. 6. D. de itin. actuque priu.* Hoc adduxit *Cn. POMPEIUM*, vt nunquam *agrum conterminum* emeret, sed separatas ab aliis possessiones mercaretur *r)*, propter libertatem aditus exitusque & vecturarum, neue vllam a vicinis iniuriam acciperet, neue illorum beneuolentia & gratia in conciliandis viae commoditatibus omnino indigeret. Imo vero prisca gens mortalium, Germani maxime, quod *IULIVS CAESAR* *s)* obseruauit, malebant latissimas circum se vastatis finibus solitudines habere, vt tutiores essent ab incursionibus, & ipsi, sine metu perturbationis, libertate sua vterentur. Sed cum hoc priuati fere imitari non possint, certe obtemperandum est *CATONI*, qui in agro parando non solum vim agri spectandam esse ait, sed maxime etiam vicinum propter itinerum commoditatem *r)*. Videas etiam veteres subinde, qui in diuersis locis agros possidebant, vel vendidisse *diffitos* & remotos, vel permutasse cum aliis, vt *possessiones continuas haberent*, neue difficultas *itinerum* & *viarum* aut rixas cum vicinis pareret, aut magnitudine sumptuum atque impendiorum spem utilitatis corrumperet & perturbaret. Certe *SICVLVS FLACCVS* *u)*, in libello *de conditionibus agrorum*, docet, in diuisione & assignatione agrorum centuriatorum veteranos, quibus partes singulae in diuersis locis attributae essent, illas inter se permutasse, & in locum illius agri, qui in diuerso solo erat, particulis agrorum pro bonitate sua aestimatis, modum, modo maiorem, modo minorem, pro suo accepisse, vt possessiones continuas haberent, & commodius quisque ad suum agrum perueniret. Hac de causa in formis agrorum assignatorum, id est, in perticis & tabulis aeneis, quibus modus & fines agrorum describebantur, saepius adiectum est illud:

ASSIGNATVM

REDDITVM ET COMMVTATVM

PRO SVO

quod idem *SICVLVS FLACCVS* *x)* annotauit.

Neque

q) *HORAT.* III. od. 2. vers. 22.

r) *PLIN.* XVIII. histor. nat. 6.

s) *IUL.*

CAES. VI. de bell. Gall. 23.

t) *PLIN.* VIII. hist. nat. 5.

u) *SICVLVS*

FLACCVS de condit. agrorum, cap. de agris diuisis & assignatis apud *Goesium* inter scriptores rei agrariae. Ed. Amstelod. anno 1674. p. 17.

x) *SICVLVS*

FLACCVS ibid.

Neque enim poterat domino molestius aliquid excogitari, quam, si forma illa agrorum *horrendas ambages caneret* y), per quas dominus agri villam, aut villa dominum, quaerere deberet, quod *CATO* detestatur z). Videbatur enim *itineris, viae, aditusque* commoditate, non solum *utilitas* fundi praecipua, sed etiam *necessitas* aliqua omnino contineri; quapropter etiam in agris assignatis & diuisis limites *itineribus* & *mensuris* agendis *peruii* esse debuerunt, ut cuique ad suam partem aditus pateret, utque ipsi limites cuique *introitum* & *exitum* praestarent a). Et generaliter tanta huius rei fuit *necessitas*, ut, si alia via non esset, per ipsam villam alterius domini vicinis aditus ad agros suos praestandus atque huic negotio seruus ianitor praeficiendus esset, qui vicinos transeuntes utilissimo itinere per villam traduceret, quo ad agros suos peruenirent b). *PAVLLVS* noster etiam in praediis urbanis tractauit eiusmodi speciem, in qua *ipsarum aedium pretium faciendum* erat, cum dominus de *vestibulo* liceri cogeretur, hoc est, dominus ipsas aedes necessario vendebat, quia vestibulum vendebatur, & ipse alium aditum ad aedes non habebat *l. 19. §. 1. D. commun. diuid.* Quomodo enim utiles esse possent aedes, si dominus, vestibulo adempto, ipse aditu excluderetur c). Neque dissimilem causam *SCAEVOLA* proposuit, *l. 41. pr. D. de seruit. praed. urbanor.* Ait enim, *Olympico* cuidam habitationem legatam, sed aedibus illis, in quibus legatarius habitationis ius habebat, hortum adiectum fuisse, qui manserit quidem in hereditate, sed adiri non potuerit, nisi per domum *Olympico* habitationis iure attributam, ideoque heredi permittendum fuisse, ut transiret per domum, *Olympico* legatam, ne hortus, ad quem aditus non pateret, inutilis fieret heredi.

Sed, ut diximus, maxime in rusticis praediis aditus & via *necessitatem* aliquam continent, qua si quis careat, fundum colere non potest. Obuenit *MARCELLO* eiusmodi quaedam difficultas, cum testator, duos fundos habens, alii priorem legauerat, alii *usumfructum* posterioris fundi, ad quem aditus & via non patebat, nisi per fundum priorem, alteri legatum, ideoque necessarium fuisse, ait *MARCELLVS*, ut *fructuario* aditus per fundum vicini praestaretur, *l. 15. §. 1. D. de usu & usufruct. legat.* Eandem rationem *PAVLLVS* etiam secutus est in fundo, pluribus regionibus inter diuersos dominos diuiso. Illi enim, qui remotiorem partem habuit, *transitum* per reliquas fundi diuisi regiones dedit, ut ad suam partem peruenire posset, *l. 23. §. 1. D. de seruit. praed. rust.* *VLPIANVS* etiam de sepulchro tractauit, ad quod ille, cui ius mortui inferendi erat, *viam* non habebat,

y) VIRGIL. VI. Aeneid. vers. 99.

z) CATO de re rust. cap. 3.

a) SICV-

LVS FLACCVS de condit. agror. cap. de quaestor. agris p. 15.

b) SICVLVS

FLACCVS l. c. p. 20.

c) GELL. XVI. N. A. 5.

bebat, ut compellendus esset *vicinus* iter aut viam per suum fundum dare, ne usus sepulchri interuerteretur, *l. 12. pr. D. de religios.* Sed de his speciebus deinceps locus erit exponendi.

Habes *viarum & itinerum necessitatem* ad sepulchra etiam & praedia urbana, ne quis aditu & omni utilitate rei suae excludatur. Sed in praediis *rusticis* in primis, de quibus antea tractauimus, tanta est, propter *perpetuos* quotidianos & assiduos commeatus, itinerum & viarum necessitas, ut, qui aditum ad agrum non habeat, agrum deferere cogatur. Scite enim ille, quem antea laudavi, *SICVLVS FLACCVS*, homo iuris non imperitus, qui videtur Domitiani temporibus vixisse, in libello *de conditionibus agrorum*: *d)* „ad omnes, inquit, agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus *per agros alienos iter praestatur*, quae etiam „conueniunt *precario*, uti seruitutem praestent his agris, ad quos *necesse* „habent *transmittere peruium*, nam & his verbis comprehenditur; ita ut „optimus maximusque est. Nam & aquarum ductus solent per alienos „agros hoc iure transmitti, ita ut diximus, *viae saepe necessario per alienos* „agros *transeunt*, qua non vniuerso populo itinera praestari videntur, „sed eis, ad quorum agros per eas vias peruenire necesse est.,

Igitur generaliter ad agros nostros *iter liberum* desideramus, & venditor tenebitur aditum praestare, aut a vicino impetrare, ut ire liceat ad fundum nostrum. Quis enim dubitet, *tota proprietate alienata*, iter & aditum deberi, cum, etiam solo usufructu, quod minus est, relicto, heres ex testamento efficaciter conueniri possit, ut vel ipse praestet aditum, vel iter aut viam a vicino impetret, quo fructuarius ad fundum possit peruenire. *PAVLLVS* enim praecipit, *l. 1. D. si usufr. pet.* usufructum datum quibusdam *adminiculis* egere, sine quibus uti frui non possimus, ideoque heredem *teneri* cum usufructu etiam *aditum praestare*, *d. l. 1. D. si usufr. pet.*

Sed recte *SICVLVS FLACCVS* obseruauit, non solum in testamenterum interpretatione illud obtinere, ut usufructum aditus sequatur, sed etiam, si inter viuos alienetur praedium rusticum, inprimis, si fundus *optimus maximus* vendatur. Cum enim hac formula, quae plerisque venditionibus & stipulationibus adici solebat, illud actum videatur, ut plenum dominium nulla parte impeditum transferatur; quis dubitet, *aditum* videri hac formula promissum, sine quo fundus emptori inutilis futurus esset? Sed dubitat tamen *QVINTVS MCVIVS* apud *CELSVM* atque *VENVLEIVM*, *l. 59. D. de contrah. emt. l. 75. D. de euiction.* itemque *PAVLLVS*, *PROCVLVS* & *VLPIANVS*, *l. 169. 126. 90. D. de verb. sign.* qui vno ore omnes praeceperunt, fundo tradito, ut *optimus maximus* sit, seruitutes non

d) *SICVL. FLACCVS* de condit. agrorum p. 9. edit. Goesii.

non deberi, nisi de his nominatim adiectum fuerit, sed hoc contineri duntaxat hac formula, ut fundus liber a seruitutibus praestetur. Imo abscisse *VENVLEIVS* negat, *iter*, actum aut *viam* peti posse, quamvis fundus *optimus maximus* venditus fuisset. Itaque cum neque *iter*, neque *via*, peti possit, ne aditum quidem ad fundum *optimum maximum* peti posse iudicabis, cum aditus sine itinere & *via* cogitari non possit: ideoque posses suspicari, lapsum esse *SICVLVM FLACCVM*, qui, fundo optimo maximo vendito, contra tot veterum praecepta aut *iter* aut *viam* peti posse censuerit ex formula venditionis. Sed recte *SICVLVM FLACCVM* iudicasse arbitramur, qui dominio fundi translato etiam *adminicula* promissa esse censuit, sine quibus proprietas esset inutilis futura. Igitur *aditus* peti potest ex hac formula, quamvis aliae seruitutes fundo *optimo maximo* vendito non contineri censeantur. Quod enim *MVCIVS* & *VENVLEIVS* de seruitutibus, quae peti nequeant, tradiderunt, non ad *necessarias*, sed ad eas seruitutes pertinet, per quas conditio agrorum melior fieri posset cum incommodo vicini. Hae igitur, nisi specialiter promissae, secundum *MVCIVM* peti non possunt, neque praestandae sunt a venditore, sed illae, sine quibus fundum colere non possumus, ex ipsa natura conventionis, quasi tacite promissae, semper & necessario praestantur.

Hoc etiam *GOESIVS* ^{e)} & ex illo *GERARDVS NOODT* ^{f)} obseruauerunt.

§. III.

Nulla igitur utilitas est praedii, ad quod aditus non patet, sed cor-
rumpitur emendi vendendique opportunitas, nisi commoditas *uecturarum*, ^{Praedium}
hoc est, viarum atque *itinerum*, ^{quamvis} necessitatem importandi exportandique sub-
leuauerit, ut & copiae nostrae, quibus abundamus, euehi, utque inuehi ^{quae sunt sum-}
ut afferri a vicinis queant, quibus carere non possumus in rei familiaris ^{tuosum sit}
prouida administratione. Itaque *prorsus necessarium* est, *vias* & *itineramenta* ^{domino da-}
parare; sed non minus *necessarium* est illud, ut *quam minimo sumtu* & im-
pendio viae atque itinera parentur. Ita enim veteribus visum est, inprimis ^{compensare}
PROCVLO, *LABEONI* atque *VLPIANO*, l. 10. §. 1. *D. de negot. gestis*, ^{et imminu-}
praedia illa *onerare* dominum & *derelinquenda* esse, quae magnum impen-
dium desiderant, cui dominus se imparem putauerit. Imo vero secundum ^{tio sumtuum}
CELSVM, ne quidem negotiorum gestorum actio illi competit, qui rem, ^{ad necessita-}
quae dominum *oneratura* sit, sine mandato eius comparauerit; cum non ^{nent in re}
utiliter negotium gessisse videatur. Quamvis enim negotiorum gestorum iu-
diciu, ob fidem amicitiae, maximum fauorem contineat, tamen ipsae ne-
^{rustica in-}
^{primis.}
^{Agricultura}
^{est species}
^{quaestus.}

D 2

cessita-

^{e)} *GOES.* in not ad auct. rei agrar. p. 130. 131.
opr t. 2. p. 411.

^{f)} *NOODT.* l. 1. de vsuf. c. 8.

cessitates domini facilitate amici sumptuosi ita perturbari non debent, ut spes fructuum & utilitatis *magnitudine sumtuum* intercipiatur, *d. l. 10. §. 1. D. de negot. gestis.*

Eandem rationem *VLPIANVS* etiam in pignoratitia actione sequitur, ut, si creditor *magnos sumtus* impenderit in rem oppignoratam, quamvis illam magni pretii fecerit, interdum nihil repetere possit, quasi *non ex officio boni patrisfamilias* sumtus facti esse videantur, *qui ipsum rei pretium vel superant vel exaequant.* Iniquum enim esse, ait, si dominus re sua *carere* cogatur *propter sumtuum quantitatem*, & luere illam nequeat, aut *ipsi* necessitas rem suam distrahendi aut derelinquendi propter impendium imponatur, *l. 25. D. de pignorat. action.* Eadem forma idem *VLPIANVS* alio loco usufructuarium repellit, qui, cum fundum colit, & meliorem facere cogitat, rem instituit, quae *magnum apparatus* opificum aut instrumentorum desideratura videatur, *ut sumtum proprietarius sustinere non possit.* Non enim censetur ex boni viri officio uti frui, qui dominum *sumtu grauiori onerat*, si sumtus non fructu & utilitate praesenti compensetur *l. 13. §. 6. D. de usufr. & quemadm.* Hi dicuntur sumtus *immodice facti.* Debet enim ratio haberi facultatum & ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur, neque audiendus est, qui impensas repetit, *quae egrediuntur iustam sumtus rationem l. 14. §. 6. D. de relig.* Hos sumtus *immodicos* *HERENNIVS MODESTINVS* nulla re urgente factos & superuacuos esse ait, ut repeti a domino non posse iudicentur, *l. 27. pr. D. de negot. gest.* Non dissimili formula *PAVLLVS* curatorem damnauit, qui *ultra vires patrimonii*, se quid erogaturum esse, promiserat, *l. 43. §. 1. D. de administr. & peric. tutor.* & non admittendos esse censet sumtus, propter quos totius praedii pretium faciendum sit, *l. 19. §. 1. D. comm. diuid.* & quos *M. TVLLIVS* g) *infinitos sumtus & immanes iacturas* appellauit. *PAVLLVS* vero generaliter, si quis *plus impenderit, quam oportuit*, hoc est, non habita ratione fructuum, qui sperari possint, sumtus fecerit, eum non plus recuperaturum esse, ait, quam res ipsa exegerit, cum hoc postremum duntaxat officio boni patrisfamilias conuenire videatur, *l. 25. D. de negot. gest.* Quare eleganter *VLPIANVS* illud *necessarium* appellat, quo non facto, res ipsa imminuitur, *l. 14. D. de impensis in res dot. fact.* ut appareat, ad necessitatem pertinere sumtuum & laboris compendia, quae, si neglecta fuerint, fructus imminui necesse est, qui deductis demum expensis computantur, *l. 36. §. f. D. de hered. petit.*

Itaque *necessaria* est *sumtuum imminutio* & parca quaedam frugalitas in omni re familiari, sed *in re rustica* in primis. Placuit enim agriculturam speciem *quaestus* esse, sed *piam* & minime inuidiosam, quod *M. CATO* praec-

g) *Cic. II. offic. 16.*

praedicauit *h)*. Sed quaestum dicimus studium strenuum & assiduum *rei quaerendae* & lucri faciendi, de quo cogitari non potest sine *compendio sumtus & laboris*. Enim vero

Fundit humo facilem victum iustissima tellus *i)*

sed tunc demum, teste VIRGILIO MARONE *k)*, si accedat

— — *patiens operum, paruoque assueta, iuuentus.*

Ex illa causa idem CATO noster patremfamilias vendacem non emacem esse voluit *l)*, vt scilicet quaerat vtilitatem & vbertatem fructuum, sed ipse quam minimum impendat. Ita enim veteribus visum est, hunc duntaxat agrum vere bonum esse, qui *quam minimum impendii desideraret*, quandoquidem praestaret, quasdam messes non colligere, si *impendium* computes *m)*. Imo vero, secundum COLVMELLAM *n)* nemo sanus facile sumtus facit in re sterili, seu, quod idem est, nemo impensas facit, nisi quas speret, vbertate fructuum pensatum iri, & si hoc fecerit, sine spe fructus largioris, ad agnatos & gentiles remittendus est. Hos enim, qui sumtum rationem ad spem fructus non computant, & nec modum nec finem expensarum sciunt, *prodigos* dicimus, & propter *nequitiam* suam curae agnatorum subiicimus. *Paul. III. recept. sent. tit. 4. §. 7.* Sed luculentius CATO noster *o)* atque ex eo C. PLIN. SECVNDVS *p)*, agrum, aiunt, vt hominem, *quamuis quaestuosus fuerit, si etiam sumtuosus sit, parum relinquere*. Denique abscisse Agrius apud M. TERENCEM VARRONEM *q)* non emendum esse agrum docet, qui non *sumtus & laboris impendium* fructuum vbertate pensaturus videatur, & si cui ager eiusmodi hereditate obvenit, eum vel vendendum esse, quot assibus poterit, vel omnino deferendum.

Neque hoc improbarunt veteres magistri artis nostrae, qui mirifice fauent rusticae frugalitati. Vnus fere MARCIANVS obloquitur & patrocinari videtur illis delicatulis, qui *voluptatis* duntaxat causa magna impendia faciunt sine spe redditus & quaestus & stabilis vtilitatis. Ait enim, licet praedia quaedam talia sint, vt *magis* in ea *impendamus*, quam de illis acquiramus tamen vsusfructus eorum relinquere potest, *l. 41. §. 1. D. de vsufruct. & quemadm.* Dices, insanum esse, qui plus impendat in praedia, quam ex illis acquirat, & inanem esse vsusfructum, qui magnitudine sumtum superetur. Sed ignosci potest MARCIANO, qui non ad *vtilitatem praesentem*, sed ad futuram, videtur respexisse, vt impensae non superuacuae

D 3

h) CATO de re rust. cap. I. *i)* VIRGIL. II. georg. vers. 460. *k)* Id. ibid. vers. 472. *l)* CATO de re rust. cap. I. *m)* PLIN. XVIII. hist. nat. 6. *n)* COLVMELLA I. de rust. 3. *o)* CATO de re rust. cap. I. *p)* PLIN. XVIII. hist. nat. 5. *q)* VARRO. I. de re rust. 12.

cuae cenferi possint, quamuis utilitate praesente superentur, modo spes fuerit futurae ubertatis, qua in posterum sumtus & impendia pensari possint ^{r)}, quod etiam Pomponius probavit, l. 55. *D. de usufr. & quemadm.* Sin tibi hoc non placet, intelligi potest MARCIANVS de utilitate illa, quae non ex redditu & quaestu, sed ex iucunditate & raritate singulari percipitur, cum iucunditas & raritas interdum omne pretium expensarum superet ideoque res illa magno pretio locari possit. Ceteroquin rationi naturali obsequimur, & auersamur praedia, quae impendium exigant sine spe fructus & utilitatis. Haec enim *foenea & damnosa* appellantur, quae noluit IUSTINIANVS ab ecclesiis & xenodochiis & piis causis possideri, *nov. 7. cap. 12.*

Igitur *minuendi sunt sumtus* in re rustica, quae *quaestus* honestissimi rationem habet, atque ita parcendum est impendio, ut illud non solum pensetur fructuum prouentu, sed ut etiam aliquid supersit, quod deductis impensis pro lucro haberi & praesidii *causa* reponi possit, ut tandem locupletiores facti esse videamur. Laudat enim PROCVLVS, apud CELSUM, *rusticos* senes qui dicere solebant: pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellant, quod *praesidii causa* seponeretur, l. 79. §. 1. *D. de legat. III.*

Ex his itaque, quae adhuc disputata sunt, apparet nullum esse quaestum, sed inane agri colendi studium, nisi sumtibus *parcatur*. Haec enim est *moralis* quaedam *necessitas*, quam negligere non possumus, si officio boni patrisfamilias defungi, & rationi hominis sani obsequi, velimus. Haec est illa *utilitas*, quae *necessitatis* rationem habet ^{r)}, & quam sine ignominia ridiculae vanitatis deferere non possumus. Haec denique est illa *utilitas*, ad quam confectandam *necessitate* quasi officii obligamur, quod LABEO & PAVLLVS atque VLPIANVS notauerunt, l. 19. §. 2. *D. de negot. gestis* l. 3. §. 10. *eod.*

§. IV.

*Via quae
magnum sum-
tum deside-
rat corrup-
pit utilita-
tem praedii
rustici via
compendia-
ria ad ne-
cessitatem*

Viam munivimus. Igitur in illa incedemus, ut, remotis longissime impedimentis, eo, quo contendimus, perueniamus.

Nimirum ex his, quae antea deduximus, intelligetur, summam fuisse parsimoniae subtilitatem in re agraria administranda, quae tota ad quaestum honestissimum & spem fructuum, humano generi maxime necessariorum, accommodata est, atque inprimis diligentia atque frugalitate regitur, ut, qui non *laboris & sumtuum compendia* quaesierit, mox ad egestatem perductus bona paterna & auita distrahere aut deferere cogatur.

Hoc

^{r)} vid. praeses de usufructu praedii voluptarii.
tate legem non habente. p. 57. n. a.

^{s)} MULLERVS in diss. de necessi-

Hoc fuit primum caput huius argumenti. Sed porro accepisti, hoc ^{praedii rusti-} studium frugalitatis praecipue *commoditatem viarum & itinerum* desiderare, ^{ci pertinet.} cum, sine inuectu euectuque, neque copiae nostrae exportari possint, ne ^{Igitur vici-} que importari necessaria, et tota utilitas rustica pereat, usu viarum et iti- ^{nus compelli} nerum adempto. Habes alterum momentum. ^{poteſt ad}

Ex tertio capite apparet, etiam vias & itinera, si agricolam per ^{diariam vi-} *ambages* circumducant, si multum laboris & temporis consumant, si saepius re- ^{cino conce-} *fici* debeant, & multum *impendii* desiderent, spem quaestus & utilitatis in- ^{dendam. Spe-} *tercipere*, omnemque rei rusticae & agriculturae rationem perturbare: ex quo ^{cies singula-} *comprobauimus*, ad *necessitatem* rei rusticae pertinere, non solum ut *via* pa- ^{ris proponi-} *teat* ad agrum nostrum, sed etiam, ut sit *idonea & compendiarium* & *minus sumtuosa*. Hoc enim LABEO agnouit, apud VLPIANVM qui etiam in ^{tur.} *servitute viae*, per fundum alienum constituta, vicino non solum permisit, ut *viam* reficiat, sed etiam, ut *pontem* faciat *viae muniendae* causa, per quem *utiliter & minore sumtu* commeari possit l. 3. §. 16. D. de itinere actuque *privat.* Quamvis enim *servitutes strictam* interpretationem recipiant, & *uia*, invito domino, obtentu refectionis, mutari omnino nequeat; placuit tamen in fundo alieno, per quem *via* nobis debetur, *pontem* fieri posse *viae muniendae* causa; cum inutilis sit *uia*, nisi facile et sine crebrae refectionis incommodo per illam commeari possit, ideoque *viae munitio* quaedam pars *necessariae* refectionis esse videatur, d. l. 3. §. 16. D. de itin. actuque *privat.*

Haec igitur cum ita sint, ut diximus, iam non difficile fuerit iudicium de illo argumento, quod in fronte dissertationis proposuimus. Enim vero expediendum est, an vicinus compelli possit, ut *viam* vicino *compendiarium* concedat per fundum suum, quo *minore sumtu* & labore ad agros suos pervenire possit, ad quos quidem pateat aditus, sed non, nisi per horrendas & longissimas ambages, ut vix cum *magno sumtu & impendio* ad illos possit perveniri. Proponebatur scabinis Vitembergenſibus mense Februario 1749. eiusmodi species, in qua *de servitute necessaria, propter viae compendium fundo vicino imponenda*, disceptabatur. MEVIUS agros emerat a villa sua & agris ei adiacentibus distitos. Iauolenus enim agros quosdam intermedios, qui villam ab agris, noviter coemtis, seiungebant, possidebat, ideoque Mevius propter agros Iauoleni interiacentes recto itinere ad agros coemtos accedere non poterat. Patebat quidem alia via, sed *per ambages* circumducta, per quam Mevius ex villa ad agros suos vix intra duarum horarum spatium pervenire potuisset. Via non solum longior erat, sed etiam difficilis & crebris paludibus interrupta, ut per illam commeari vix posset, nisi quibusdam locis pontes ampliores atque sumtuosi, magno impendio Mevii, construerentur. Apparebat, hunc sumtum, qui in pontes consti-

tuen-

tuendos & quotannis reficiendos impendendus esset, omnem spem utilitatis, quae ex agris coemtis quaerebatur, superare, & iumenta, priusquam per ambages illas circumacta ad agros coemtos accederent, longitudine & incommodo viae ita fatigatum iri, ut labori rustico deinde adhiberi non possent. Sed fundos Iauoleni interiacens maxima parte sterilis erat & saxosus, arenis etiam oblitus & oppletus, adeoque ab ipso Iauoleno per annos plurimos neglectus erat, ut recta via Meurio per agros Iauoleni, sine magno huius incommodo, concedi posset. Iauolenus autem viam Meurio pertinaciter negabat & causabatur, hanc viam non esse *necessariam*, cum alius aditus, quamvis molestior, Meurio pateret. Quaerebatur, an posset Iauolenus praetoris officio compelli, ut *viam* Meurio *compendii causa* per agros suos daret. Respondimus: compellendum esse Iauolenum ad viam Meurio per agros suos, pro certa mercede annua, concedendam. Quamvis enim alter aditus per se non esset *impossibilis*, tamen, quia *sumtuosus* & prolixus erat, prorsus inutilis, ideoque via per fundum vicini *necessaria* esse censebatur. Sententiae formula his fere verbis concipiebatur: Daß Beklagter Iauolenus, des beschehenen Einwendens ungeachtet, die verlangte Ueberfahrt über seine wüste Feld-Stücken, Klägern, solange dieser derselben benöthiget, gegen jährliche Entrichtung derer angebothenen 2. alten Schocke, zu gestatten schuldig. Die beyderseits aufgewandten Unkosten aber sind, aus bewegenden Ursachen, gegen einander zu compensiren und aufzuheben B. N. B. Operae pretium fuerit in rationes huius responsi diligentius inquirere.

§. V.

Servitus necessaria officio iudicis imponi potest. In iudiciis diuisiis in primis. Iudex finium regundorum vicino etiam de via prospicere debet.

Nimirum nihil discriminis interest, utrum quis plane re sua *uti non possit*, an illa uti nequeat *sine magno impendio* & sumtu, quo spes utilitatis consumatur; cum nemo sanus plus impendat, quam pro modo fructuum, quos, deductis expensis, expectare posse videatur. Enim vero paria sunt, prorsus colere non posse, aut non posse colere *sine magno sumtu*, qui spem fructuum excedat.

Igitur etiam in via & aditu ad praedium perinde est, utrum plane desit aditus, an sine multis ambagibus, sine magno sumtu & labore, inueniri aditus non possit. *Necessaria* igitur est *via compendiarum*, quamvis adsit alia, qua sine magno impendio temporis & laboris uti nequeas. Quae cum ita sint, in specie a nobis proposita, cum vicinus ad agrum coemtum non, nisi *per ambages* aut pontes, *magno sumtu* faciendos, peruenire posset, idem iuris est, ac si prorsus aditum & viam ad fundum suum non haberet. Videamus itaque, quo iure utamur, si plane non sit aditus ad fundum nostrum. Neque vero locus est dubitationi, *vicinum compelli posse*, ut praestet nobis adi-

aditum & viam per praedium suum, si quis alia ratione vel plane non possit accedere ad fundum vel non sine *magno sumtu*, quem nemo sanus, fundi colendi vel exercendi causa, facere soleat. Luculenter enim *VLPIANVS*, auctoritate *ANTONINI* & patris eius subnixus, *vicinum* a praeside extra ordinem *compellendum esse*, ait, ut det nobis viam ad sepulchrum nostrum per fundum suum, si sepulchrum a fundo nostro remotum habeamus, sed *non habeamus viam*. qua perueniri possit ad sepulchrum, *l. 12. pr. D. de relig.* Quod ne quis ius nouum esse existimet, quasi ab *ANTONINO* demum constitutum, quod *GVTHERIUS* credidit ¹⁾; ex ipso *ANTONINI* rescripto obseruandum est, non fuisse *insolitum*, quod *ANTONINVS* praeceperit, sed ipsum iam sciuisse, quod *soleat* hoc impetrari a vicino, ut viam concedat per fundum suum *d. l. 12. pr. D. de relig.*

Apparet, viam necessariam, qua carere non possimus, a vicino inuito praestandam esse, eaque in re locum esse *officio iudicis*, qui vicinum *compellat* ad viam concedendam. Sed video, quid te pungat. Ais enim, fauore *religionis* hoc inuectum esse, ut via concedi debeat ab inuito, ne vicinus sepulchro paterno carere, & aliud sepulchrum quaerere, cogatur; sed hoc nihil pertinere ad urbana & rustica praedia, quae *quaestus* causa comparentur. Scio, summam esse rationem, quae *pro religione* facit. Hoc enim *PAPINIANVS* docet *l. 43. D. de relig.* Sed hoc etiam scio, *non minus fauendum esse rei rusticae & agriculturae*, quae communem omnium utilitatem continet, & cuius commoditas & frugalitas efficit, ut necessaria vitae adminicula viliori pretio vendant, & benigniore copia per vrbes etiam & vicinas regiones diuendantur. Opportune enim in mentem venit *IUSTINIANVS*, qui vicinum, quamuis nulla seruitute fundi sui oneratum, tamen prohibuit, ne ita aedificaret in fundo suo, ut aream vicini corrumperet, aut ventum interciperet, cuius commoditate vicinus rusticus ad conculcandos fructus indigebat, *l. 14. §. 1. C. de seruit. & aq.*

Ex quo loco intelligitur, non solum ob fauorem *sepulchrorum*, sed etiam *rei rusticae* subleuandae causa, obtinuisse, ut fundo libero vicini seruitus, qua carere alter vicinus non possit, imponeretur. Imo vero longius porrigitur iuris benignitas, ut in praediis, non solum rusticis, sed urbanis etiam, locum faciamus *seruituti necessariae*, si vicino inutiles fiant possessiones suae sine seruitute. *MARCELLVS* enim habet eiusmodi speciem, in qua vicinus, qui fundum a seruitute liberum possidet, nihilominus prohibetur, aedes vicini altius tollendo ita obscurare, ut prorsus lumen occludatur. Ait enim, si testator, binas aedes habens, alteras *TITIO* legauerit, alteras reliquerit heredi, heredem aedes hereditarias non ita posse altius tollere, ut

lumen

¹⁾ *GVTHERIUS* III. de iure manium 12.

lumen aedium legatarum prorsus occludatur, sed tantum luminis relinquendum esse, quantum sufficiat habitantibus in vsus diurni moderatione, *l. 10. D. de seruit. praed. urban.* Idem etiam PAVLLO & MARCELLO placet in alia specie, si vsustructus aedium forte aut alius loci cuiquam debeatur, non minus accessum & aditum & iter ad fundum fructuarium deberi, cum haec sint *necessaria adminicula* vsusfructus, quae semper fructuarium sequuntur, ne inutilis sit vsusfructus, *l. 1. §. 1. 2. D. si vsusfructus pet. & d. l. 10. D. de seruit. praed. urban. l. 15. §. 1. D. de usu & usufructu legat.* Ex eodem fonte deriuatur, quod PAVLLVS ne *vestibulum* quidem *commune* binarum aedium diuidi patiatur inter dominos vicinos altero inuito. Quamuis enim condominus alterum etiam inuitum prouocare possit ad diuisionem rei communis; tamen cogitur condominus inuitus, *contra iuris regulam*, manere in *necessaria communione*, ne alteri domino necessitas imponatur aedes suas vendendi, ad quas aditum non habiturus sit, si vestibulum commune, nimis angustum, diuidatur, vel totum adiudicetur alteri vicino, *l. 19. §. 1. D. commun. diuid.* Nihil ab hoc recedit SCAEVOLA, qui heredi *aditum* ad hortum & coenaculum hereditarium per aedes vicinas, alteri a testatore legatas, concedendum esse docet, quamuis legatae antea non oneratae fuerint seruitute itineris aut viae, *l. 41. pr. D. seruitut. praed. rusticor.* Neque alienum ab hoc loco est aliud SCAEVOLAE exemplum, quod *l. 20. pr. D. si seruitus vindic.* proponit; nimirum testatrix fundo suo casas adiunxerat, sed fundum Titio legauerat, casas vero reliquerat heredi. Querebatur, an heredi iter competat per fundum, Titio legatum, si heres alia ratione ad casas peruenire nequeat. Respondit SCAEVOLA, heredi itineris seruitutem concedendam esse.

Igitur propter *necessitatem* non solum loci religiosi aut praedii rustici, sed etiam urbani aliquando *compelli* potest vicinus, vt seruitutem praestet alteri, in primis accessum & aditum & lumina, sine quibus vti praedio dominus & fructarius non possunt. Neque tamen assentior GOESIO ^{u)}, qui nullo discrimine locorum atque praediorum, diuini, an humani iuris, rustica, an urbana sint, vicinum *compellendum esse*, ait, ad seruitutem necessariam recipiendam. Enim vero illud inter haec loca & praedia interest, quod in religiosis summus fauor religionis, in rusticis summa agriculturae commendatio, *facilius* moueat praesidem, vt *necessitatem*, seruitutis admitat, quam in praediis urbanis. Agnouit hoc POMPONIVS apud PAVLLVM, qui *l. 1. §. 3. D. si. usufruct. petat.* vix iter concedit ad praedium urbanum, sed viam quoque ad praedium rusticum, si fructuum perceptio hoc desideret. Idem discrimen constituit etiam MARCELLVS, qui in praedii urbani utilitatem tantum luminis duntaxat necessario relinquendum esse

^{u)} GOESIVS in not. ad Sicut Flaccum de condit. agror. p. 131. seq.

esse iudicat, quantum sufficiat ad vsus diurni moderationem, *l. 10. D. de seruit. praed. urban.* cum, contra, areae praedii rustici etiam venti libertas & plenum spatium ad fructus conculcandos relinquatur, *l. 14. §. 1. C. de seruitut. & aq.*

Semper igitur praeses, ob *summam necessitatem*, seruitute onerat praedium vicini, sed facilius tamen admittit hanc necessitatem in fauorem loci religiosi aut praedii rustici inprimis. Hoc enim discrimen summam rationem habet, cum urbana praedia paucis prosint, rustica omnibus, & toti regioni propter penoris & annonae caritatem, quae minuitur, si res rustica commodius administraretur. Itaque non dubito, praesidem, qui *sumtus & necessitatem* pro rei natura & dignitate arbitrio suo aestimat, iter & viam ad sepulchrum vel praedium rusticum, etiam *compendii ac sumtus minuendi causa* duntaxat, facilius per praedium vicini concessurum esse, quam si aditus ad urbanum praedium petatur. Ita enim ut sentiam, *VLPIANVS* me adducit, qui generaliter in illis negotiis, quae publicam utilitatem continent, inprimis quantum ad *sumtus* attinet, *solutius* aequitati obsequendum esse docet, *l. 12. §. 5. & l. 14. §. 13. D. de relig.*

Non ero verborum in re manifesta, ubique enim obuia sunt & in oculos incurrunt vestigia benignitatis huius in libris *ICtorum*, ubi de praediis rusticis tractatur. Audiamus *PAVLLVM*, qui fundo communi inter condominos diuersis regionibus diuiso singulis condominiumis per alterius condomini partem *transitum* concedit, quamuis condomini in ipsa diuisionis formula inuicem non stipulati sint nec promiserint seruitutem transitus aut viae, *l. 23. §. fin. D. de seruit. praed. rustic.* Hoc & *MARCELLO* placuit in specie non dissimili, ut, si alteri fundus, alteri vsusfructus vicini praedii legatus sit, ad quod aditus non pateat nisi per fundum alteri legatum, legatarius, qui alterius fundi proprietatem nanciscitur, *cogendus sit, aditum & viam* relinquere alteri, ad quem vsusfructus fundi vicini pertinet, ne vicino inutilis si vsusfructus, *l. 15. §. 1. de usu & usufruct. legat.*

Ne mireris, praesidem in hac parte iuris regulam deferere & dominum inuitum cogere ad alienandam libertatem fundi sui, atque ad seruitutem recipiendam *ob necessitatem* praedii vicini. Scilicet praeses in illa re *consuetudinem* sequitur, quae praecipuum momentum aequitatis continet in iudiciis diuisionis. Sed de consuetudine testatur *VLPIANVS*, *l. 12. pr. D. de relig.* cum *soleat* hoc impetrari a vicinis, ut aditum praestent ad fundum proximum etiam sine iure seruitutis. Testatur etiam *SICVLVS FLACCVS* ^{x)} de illa consuetudine, qui, ad omnes, inquit, agros *semper iter liberum est*, cum aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestari *soleat*, ut commeari possit.

E 2

Prae-

x) *SICVLVS FLACCVS* de condit. agrorum apud Goesium inter script. rei agrariae p. 9.

Praeses igitur consuetudinem sequitur, dum necessitatem viae praeſtandae vicino imponit, ſi alter vicinus alia ratione, ſine magna difficultate & impendio, ad fundum ſuum peruenire nequeat. Imo vero generaliter in *iudiciis diuiſoriis* & iurgiis, quae inter coheredes, aut condominos, aut vicinos exorta ſunt, iudex *adiudicatione* litem finire poteſt, ſi aliter rem expedire commode non poſſit. Vbi enim difficilis fuerit diuiſio, poteſt omnes res vni adiudicare, illumque vnum pecunia damnare, vt portio alterius condomini aut coheredis compenſetur, *l. 55. D. fam. erciſc.* NERATIUS etiam atque VLPIANVS docuerunt, ſi vnus fundus diuerſis regionibus diuidatur inter plures, arbitrum poſſe partem alterius *ſeruitute onerare*, ne alteri inutilis ſit portio, quae ipſi adiudicata eſt, *l. 7. §. 1. D. commun. diuid.* & *l. 22. §. 1. 2. 3. D. famil. erciſc.*

Vides, nihil praeter morem admitti a iudice, qui vicino partem praedii ſui adimit, aut illum ſeruitute onerat, vt vicinus re ſua rectius vti poſſit, ſi aliter controuerſia ſopiri & diſtrahi nequeat. Laxiſſima autem eſt poteſtas arbitri; quando vicini, qui agros *conſines* poſſident, iudicio *finium regundorum* inter ſe experiuntur. Si enim GAIO & VLPIANO fides eſt, poteſt iudex fines per aliam regionem dirigere tollendae veteris difficultatis gratia, quo caſu alteri aliquid adiudicandum eſt ex praedio vicini, & hic, cui aliquid adiudicatur, pecunia condemnandus, vt damnum domino vicino compenſetur, *l. 2. & 3. D. fin. regund.* Iam vero, quis negauerit, magnam hanc eſſe difficultatem finium, ſi agri ita permixti ſint, vt alter vicinus ad agrum ſuum ſine magno impendio non poſſit peruenire. Igitur officio iudicis conuenit, vt adiudicatione proprietatis, aut *ſeruitutis neceſſariae conſtitutione*, controuerſiam dirimat, ne res ruſtica difficultate perpetua impediatur. Certe in agris centuriatis, quorum portio pluribus assignabatur, arbitri *limites peruios* conſtituebant, vt quilibet ad ſuam partem peruenire poſſet, ideoque, ſi ager alteri tribueretur, limitum latitudo excipi ſolebat, vt quilibet vicinorum commoditate itineris & viae vteretur. Hoc enim SICVLVS FLACCVS y) & AGGENVS VRBICVS z) obſeruauerunt.

Apparet igitur ex his locis, ad iudicium finium regundorum referri poſſe illam controuerſiam, ſi alter vicinus viam non habeat ad fundum ſuum, niſi per praedium & limites vicini, adeoque litem finiri poſſe vel proprietatis adiudicatione vel *impoſitione ſeruitutis*, vt ſumtibus parcatur, & veteres difficultates euitentur. Neque dubito, dominum praedii vicini hanc ſeruitutem pati debere, quamuis fundum hac lege emerit, vt *optimus maximus fiet*, & liber ab omni ſeruitute, *l. 169. 126. 90. D. de verb. ſign.* Certe venditor de euictione non tenebitur, quamuis fundum ab omni ſeruitute libe-

y) SICVLVS FLACCVS d. condit. agror. apud Goef. p. 19.
BICVS de controuerſ. agror. apud. Goef. p. 75.

z) AGGENVS VR-

liberum esse dixerit. Haec enim verba ad praeteritas seruitutes pertinent, non ad futuras, quae officio iudicis imponuntur, & quas praevidere venditor non potuit. Vnam speciem PAVLLVS excipit, si locus publicus vel via publica interueniat. Huic enim nequidem *necessaria* seruitus imponi potest, nisi a principe hoc impetretur, l. 14. §. 2. D. de seruit. Igitur non infrequens est, neque a ratione iuris alienum, officio iudicis, propter *necessitatem* aliquam, aut *summam aequitatem*, in iudiciis diuisoriiis maxime, & cum de finium difficultate inter vicinos litigatur, seruitutem imponi praedio vicino, domini etiam inuito. Neque potest dubitari, hanc aequitatem iudicis etiam ad eum casum porrigi, si vicino sit quidem via ad fundum suum, sed tam *perplexa* & *sumtuosa*, ut *necessitate* quadam *moralis* fundum deferere cogatur propter impendium, nisi via aut iter, quo carere non potest, a vicino concedatur. Itaque discederem ab hoc loco, nisi VLPPIANVS me teneret, qui negat, *seruitutes constitui posse sententia iudicis*, sed constitutas demum sententia iudicis ait declarari, l. 8. §. 4. D. si seruit. vindicetur. Possit videri VLPPIANVS aduersari officio iudicis, qui ex causa necessaria, ob summam aequitatem, viae seruitutem imposuit vicino. Sed nihil nos moratur VLPPIANVS. Hic enim, l. 8. §. 4. D. si seruit. vindicetur, non de officio iudicis generaliter, sed tantum de exitu *actionis confessoriae* tractauit. Enim vero confessoria actione non id quaeritur, vtrum constitui debeat seruitus, sed actor ait, ius sibi esse eundi aut vehiculum agendi per fundum alienum, adeoque seruitutem non constituendam, sed constitutam esse in fundo alieno. Recte igitur VLPPIANVS confessoriae actionis hunc exitum esse ait, ut seruitus iam constituta declaretur, non, ut nouiter vicino illa imponatur. Nimirum omnino multum interest inter illa remedia, quibus constitui seruitutem petimus, & quibus defendimus aut vindicamus seruitutem constitutam. Hoc quidem actione confessoria & civili processu solenni, nullo soluto pretio, sed *gratis* impetrabimus a vicino, ut nos patiatur vti seruitute constituta. Sed longe alia ratio ineunda est, si petimus, ut seruitus necessario in fundo vicini officio iudicis nouiter constituatur. Negat enim VLPPIANVS in hac specie locum esse *civilibus remediis*, sed *extraordinariam* interpellationem desiderat, qua efficiatur, ut Praeses compellat vicinum ad constituendam seruitutem, l. 12. pr. D. de rel. Praeterea non imponetur vicino seruitus, nisi *iusto pretio* pensetur; sed seruitus iam constituta etiam ab inuito, nisi aliter conuenerit, *gratis* vindicabitur, quae notissima formula est confessoriae actionis. Et habuit profecto, cur moneret VLPPIANVS seruitutem non constitui sententia iudicis in hac actione, sed declarari. Etiam hodie aduocatos saepissime hoc errore decipi videmus, ut, cum de seruitute viae constituenda quaeritur, confessoriam actionem instituant, quasi ius viae competat actori per fundum alie-

num: mox iniuncta probatione nihil probant de constituta servitute, sed magna vociferatione clamitant, actorem carere non posse servitute viae constituenda & inutilem ipsi futurum esse fundum suum, nisi aditus & via a vicino concedatur. Si igitur ex probatione appareat, viam esse necessariam; eatenus actor vincit reum, cum quo litigatur, ut iam quidem, quasi extraordinario remedio instituto, vicinus compelli possit ad viam pro pretio iusto concedendam, sed nihilominus, quamvis hoc impetret, quamvis victor sit, ad restitutionem expensarum condemnatur. Vincit enim reum, quod impetrat servitutem officio iudicis *constituendam*, sed vincitur tamen in actione confessoria, qua servitutem constitutam vindicare voluit, & merito expensas restituere iubetur. Temere enim litigavit actor ille, qui inani & superuacuo apparatu difficilis probationis ordinario remedio servitutem constitutam euincere laboravit, cum servitutem necessariam officio iudicis constituendam, remedio extraordinario, via brevissima, re oculis subiecta, aut petita inspectione oculari, confestim, oblato iusto pretio, impetrare potuisset.

§. VI.

Servitus necessaria ob meritam aequitatem constituitur & praecavio impetranda est a vicino, qui etiam extra ordinem compellitur ut servitutem concedat; in qua re sumtuum imprimis ratio habetur. Actione igitur *ciuili confessoria* peti servitus non potest, si nullo alio, quam indigentiae & necessitatis iure tibi illam concedi postulas, nisi allegare potes, quod servitus ista, *voluntate domini*, vel *natura*, vel *legis dispositione* immediata, vel *iudicis officio*, constituta sit. Hi enim sunt fontes servitutem & verae causae, ex quibus servitute efficaciter peruntur a vicino. Solemus vero servitutum species in *voluntarias* & *necessarias* dispescere. *Voluntariae* quidem in praedio seruiente constitutae sunt *voluntate* domini, qui suae est rei moderator & arbiter, *i. 21. C. mandati*. *Necessariae* vero consensum domini non desiderant, sed ob *necessitatem* aliquam inenitabilem locum habent. Haec autem necessitas vel *primo* est a *natura*, & naturalis dicitur servitus, cum *natura loci* vicino nocet, qualis est servitus aquae, naturaliter a locis superioribus ad loca inferiora decurrentis, ut inferius praedium superiori seruire & aquam decurrentem excipere cogatur: vel necessitas illa *secundo* est a *lege*, vnde *legalis* servitus oritur, in fauorem antiquae introducta, ne vicinus liberum ventum intercipiat ad conculcationem fructuum agrestium necessarium, vel *tertio* necessitas imponendae servitutis ab *officio iudicis* dependet, & constituitur ob *summam aequitatem* pro ratione circumstantiarum ad iurgia inter condominos aut vicinos sopienda, si controuersiae aliter definiri non possunt. Hae servitutes, ab officio iudicis profectae, *iudiciales* & *necessariae* in specie dicuntur. Nos quidem de specie aliqua servitutum iudicialium tractamus, cum via per praedium vicini conceditur, ne vicino prorsus inutile sit praedium suum. *Apparet* igitur, has iudiciales servitutes, cum a *iudicis officio* pendeant, ipso iure non debe.

deberi, sed *causae cognitionem* poscere & sola *aequitatis* ratione regi; cum sine *causae cognitione* intelligi nequeat, an vera sit illa necessitas, propter quam iudex regulam iuris deferere & praedium seruitute onerare debeat.

Ex *mera igitur aequitate* iudicis hae seruitutes necessariae descendunt. Eleganter illud *VLPIANVS* ex rescripto *ANTONINI* docuit, & iudicem iussit prospicere, ne *vicinus magnum patiatur detrimentum*. l. 12. pr. de *religios.* quae ipsa vox est naturalis aequitatis.

Videlicet regula iuris non permittit inuitos dominos cogi ad vendendum, cum illud non *aequum* esse videatur, si *PAVLO* fides est, l. 9. D. de *action. rer. amot.* & *DIOCLETIANO* l. 11. C. de *contrah. emt.* Quicumque igitur viam necessariam a vicino postulat, id poscit a vicino, ut a regula discedat, propter solam *honestatis* rationem, atque ad subleuandam indigentiam vicini. Sed quae honestatis sunt, si regulam sequare, inuito extorqueri non possunt; quod *GERARDVS NOODT* a) in *IULIO PAULO* curiose observauit.

Haec igitur cum ita sint, scite & eleganter *ANTONINVS* rescripsit, si quis iter aut viam ad sepulchrum non habeat, *peti precario* & concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. *Precario* igitur peti & concedi solet seruitus necessaria ex honestatis ratione, cum honestatis officium dignum sit precibus & mutua humanitate, & durum sit, honestum importuna rusticitate extorqueri. Germani conuenientissime rem exprimunt; er muß den Nachbar darum begrüßen. Peti igitur precario debet via necessaria & concedi etiam solet, si *vicinus bonus* sit. Hoc *SICVLVS FLACCVS* observauit, qui, semper, inquit, iter ad agros liberum est, quae etiam conueniunt *praecario*, uti seruitutem praestent his agris, ad quos necesse habent transmittere pervium b). Habes verba *SICVLI FLACCI*, quae omnino vera sunt, si vicinus, ut diximus, *sit bonus* & gratus conuiua, quod ait *MORATIVS* c), & facilis ad mutuam opem atque officia vitae socialis. Hic enim cogitatione communis conditionis hominum non difficulter concedet, quod ad necessitatem vicini pertinere videatur. Quare praecipua cautio boni agricolae, ut bene ipsi cum vicinis conueniat, utque ipsum diligant vicini, quod *CATO* apud *PLINIVM* praecepit d). Aliquando enim propter vicinos emendum est praedium e), spe mutuae humanitatis; cum, contra, propter vicinos improbos, si *Cacus* ille,

Cacus auentinae timor atque infamia syluae f),

proxi-

a) *NOODT*. in *Iulio Paulo* cap. 10. 11. tom. 2. oper. b) *SICVLVS FLACCVS*
de condit. agrorum apud *Goef.* p. 9. c) *MORAT.* II. sermon. 2. vers. 119.
d) *PLIN.* XVIII. hist. nat. 6. e) *CATO* de re rust. cap. 1. f) *OVID.* I.
fastor. 551.

proxime in vicinia sedes constituerit, quaedam gentes maluerint sedes suas murare, vt COLVMELLA obseruauit g).

Si itaque boni sint vicini, facile precario impetrabis viam necessariam ad fundum tuum. Sed quid facies, si nolint aut tergiuersentur. Certe FRONTINVS in libello *de limitibus agrorum* h) diligenter notauit, interdum vicinos inuerecunde negare transitum per agros suos. Quo confugies, si, quoties opem & auxilium vicinorum imploraueris,

— — vicinia rauca reclamet i).

Quid, inquam, facies, si vicinus inuerecunde negauerit, & ire te atque agere prohibuerit per fundum suum? Succurrit ANTONINVS & concedit, vicinum per iudicem interpellari atque extra ordinem compelli inuidum vicinum ad viam concedendam, l. 12. pr. D. de rel.

Extraordinaria igitur imploratione officii iudicis impetrabis viam necessariam ad fundum tuum ex summa aequitatis ratione, si vicinus *precario* viam concedere noluerit. Miror GVILIELMVM GOESIVM k) & ex eo GERARDVM NOODT l) singularem hoc loco speciem *precarii* fingere, quod non sit ex edicto praetoris, neque reuocari possit, sed iusto pretio pensari debeat, denique ad quod concedendum dominus a iudice compellendus sit, & quod adeo notissimos *precarii* fines excedat. Enim vero ANTONINVS hoc loco non mutauit naturam *precarii*. Sed duo remedia commendauit; *primum*, vt, studeas *precario* viam impetrare a vicino; *secundum*, vt, si nolit vicinus, praesidem adeas, qui extra ordinem compellere debeat vicinum ad viam concedendam. Primo igitur tentanda est gratia vicini, qui facile *solet* viam concedere ob necessitatem. Si concesserit vicinus, verum est *precarium*, cum precibus illud impetraueris, quae forma est *precarii*, l. 2. §. 3. D. de *praecario*. Imo si saepius rogaueris & saepius concesserit vicinus, *precarium* manebit, secundum POMPONIVM & VLPIANVM, l. 5. §. 4. §. de *precario*. Solet enim, quod LABEO praecipit, etiam in longum tempus *precarium* concedi, l. 8. §. 7. D. eod. neque a consuetudine alienum fuit, seruitutes & iura & omnia, quae pretio aestimantur, *precario* concedi, quod POMPONIVS & VLPIANVS docuerunt, l. 15. §. 2. §. l. 20. de *precar*.

Itaque, si vicinus viam ad preces tuas concedat, tunc iure *precarii* duntaxat habebis viam necessariam per fundum eius, & hoc est *primum* remedium ab ANTONINO commendatum, in quo nihil, quod a natura communi *precarii* abhorreat, deprehenditur. Sed quid, si tandem reuo-

caue-

g) COLVMELLA l. de re rust. 3. h) FRONTINVS de limitibus agrorum apud Goesium inter scriptores rei agrar. p. 43. i) HORAT. l. epist. 17. vers. 62. k) GOESIVS in notis ad Sicul. Flaccum p. 130. l) NOODT. II. de usufr. c. 8. p. 441. operum. tom. 2.

cauerit vicinus precarium? *VLP IANVS* enim permittit, vt dominus, quandocunque libuerit, possit precarium soluere & reuocare *l. 1. §. 2. D. de precario*. Iam quidem sequetur secundum remedium, quod nihil cum precario commune habet, nimirum *imploratio officii iudicis*, qui vicinum extra ordinem compellet, *d. l. 12. pr. D. de relig.* Hoc si impetraueris a iudice, defines precario habere, & vteris seruitute necessaria officio iudicis *constituta*, ideoque si porro negauerit vicinus, actione confessoria civili efficaciter experieris, quod tertium remedium est ad viam necessariam retinendam. Hoc enim enascitur ex remedio secundo; quoniam, si post implorationem extraordinariam iudex seruitutem constituerit, dicere potes, ius tibi esse eundi, agendi per fundum vicini, quae formula solennis est actionis confessoriae civilis.

Hoc igitur tertium remedium, vt diximus, ex secundo & post secundum nascitur, hoc est, post implorationem officii iudicis, qui seruitutem necessariam constituit ex aequitate. Noli dubitare, quin praeses propter aequitatem illam, & propter solam etiam sumtuum imminutionem, seruitutem necessariam concessurus sit, quamuis alia via pateat; cum postulet aequitas, ne quis sumtu superuacuo oneretur, & ne quis plus impendat, quam ex fructibus sperari possit, quod supra §. III. comprobauimus.

§. VII.

Vicinus igitur. si nolit rogatus, extra ordinem compellitur a *praefide*, *Formula de vt honestatis officium nobis praestet, & seruitutem necessariam, qua carere non possumus, concedat.* Sed durum est, vt antea docuimus, officia honestis vicino extorqueri, vt alter vicinus via commodiore & quodam compendio laboris & sumtuum vtatur. Durum est, fateor. Hoc enim *ANTONINVS* etiam agnouit, qui prius vicinum precario tentandum docuit, vt bona eius gratia viam impetremus, extremo tantum, & si omnia alia deficient, iudici permisit, vt compelleret vicinum. Igitur, si quis ad iudicem confugiat viae necessariae petendae causa, hac forma praeses ius reddere debet: primo, vt rem oculis subiiciat, deinde, vt, si necessitatem quandam deprehendat, aduocet vicinum & omnibus modis ipsi persuadere studeat, ne acerbe vtatur iure dominii, vi cuius quemlibet ab ingressu fundi sui prohibere posset, sed vt humanitati locum det ac necessitati cedat. Quibus omnibus, si vicinus non moueatur, tandem compellendus erit vicinus ad concedendam seruitutem. Eundem morem in nostris iudiciis seruamus; nimirum a iudice *ocularem inspectionem*, quam vocant, impetramus, & petimus aduersarium vicinum aduocari, cum res oculis subiicitur: deinde, *amicabilis compositio* omnibus modis tentatur, vt controuersia transactione distrahi & finiri possit; sin omnia frustra tentata sunt, tandem vicinus com-

vicino. Et pellitur inuitus ad seruitutem necessariam concedendam. Ea forma persuasam ius reten-
zionis compe-
rit ob serui-
tutem neces-
sariam. *dendi* prius, quam compellendi, saepius seruata est in legibus nostris, si quis ad humanitatis officium adigendus esse videretur. Sic *diui fratres* praeceperunt, ut iudex mulieri, quae praegnans a marito diuertisse dicebatur, *persuaderet*, ut custodem ventris admitteret, *l. 1. pr. D. de vent. inspic.* Aliud exemplum est in *l. 1. §. 5. D. de liberis exhib.* in qua iudex iubetur patri, qui filiam alteri nuptam a marito abducere volebat, *persuadere, ne acerbe uteretur* patria potestate, neue bene concordans matrimonium turbaret *m).*

Iudex itaque in hac specie, quam tractamus, studebit vicino *persuadere*, ut pareat necessitati, & cogitet sumtuum magnitudinem, qua alter vicinus oneraretur, si per pontes nouiter construendos ad agrum suum accedere deberet. Hoc enim remedium efficacissimum erit ad ingenium rusticum mouendum, cum omnes agricolae imprimis magnitudine sumtuum terreantur, & sciant, magno impendio omnem vtilitatem intercipi & corrumpi aut consumi, ut supra §. II. comprobatum est.

Persuadebit igitur iudex, si poterit, vicino. Sin ille porro inuerecunde negauerit, tandem illum compellet ad seruitutem viae concedendam. At vero quomodo compellet illum, si obiecerit vicinus; sibi damnosam esse seruitutem, corrumpi possessiones suas, cuilibet domino ius esse prohibendi alios, ne ingrediantur in fundum suum, se inuito; iniquissimum esse, alterum, qui compendii & sumtus minuendi causa vicino molestus sit, locupletiolem fieri cum damno & iniuria vicini. Habent haec aliquam speciem. Sed opportune occurrit ANTONINVS, qui iubet, damnum *iusto pretio* redimi & pensari ab illo, qui necessariam seruitutem impetret, *l. 12. pr. D. de religios.* Neque habebit vicinus, de quo conqueratur, cum non videri possit damnum accipere, cui pecunia satisfactum est, ne damnum sentiat. Hoc certe iure in omnibus *adiudicationibus* vtimur, ut ille, cui res adiudicata est *pecunia condemnatur*, qua alteri satisfiat, *l. 7. §. 1. D. commun. diu. l. 2. §. 1. D. fin. regund. l. 22. §. 3. & l. 55. D. famil. ercisc.* In hac enim re imitatur iudex naturam, quae & ipsa in naturalibus seruitutibus, vbi praedium inferius superiori necessario seruire debet, damnum, quo inferius praedium afficitur, compensat succi melioris pinguitudine, quae semper ad inferiora loca ex superioribus decurrit, ut incommodum aquae recipiendae compensetur. Hoc enim LABEO & COLVMELLA obseruaerunt, *l. 1. §. 23. D. de aqu. & aqu. plu. arcend. n).* Illud tamen monendum est, satius esse promitti *annuam pensionem*, quam vno pretio totam seruitutem redimi. Potest enim contingere, ut praedio tuo vendito vel per-

m) vid. NOODT. de usufruct. lib. I. cap. 8. oper. tom. 2. p. 412.
 MELLA II. de re rust. 18.

n) COLV-

permutato non amplius indigeas seruitute. Tunc igitur cessabit annua pensio, sed pretium semel solutum repeti non poterit.

Pecunia igitur a vicino necessariam seruitutem redimimus, atque ad imitationem naturae incommodum seruitutis lucro aliquo pensamus; Sed tunc demum, si domino *inuito* & prorsus *non consentiente* seruitus constituitur. Aliud dicendum, si dominus vel heres, quasi ex *praesumpta* sua aut defuncti domini voluntate, ad seruitutem concedendam compellatur. Vtpote, si quis seruitutem expresse concessit, videtur etiam consensisse in adminicula, sine quibus illa seruitus nequit exerceri. Eleganter POMPONIUS, si aqua tibi concessa sit, *tacite*, ait, sequi hanc seruitutem, ut liceat ad locum accedere refectionis causa, ne seruitus intereat aut corrumpatur, *l. 11. pr. & §. 1. D. commun. praedior.* Eadem dicenda sunt, si testator usufructum aut habitationem reliquerit, tunc enim etiam via aut iter debetur ex *praesumpta* defuncti voluntate, *l. 81. §. 3. D. de legat. I.* Ex eadem iuris regula aditus per fundum debetur, quo ad hortum perueniri possit, qui tibi legatus est, quamvis hoc non exprefferit testator, *l. 41. pr. D. de seruit. praed. urban.* Imo vero generaliter, si res, aut etiam usufructus, legetur, legari censentur adminicula, sine quibus utilitas percipi non potest, *l. 1. pr. & §. 1. D. si usufruct. petat.* Haec talia vero *gratis* conceduntur, neque pretium aut compensationem desiderant, cum dominus conqueri non possit, qui consensisse praesumitur in illas seruitutes. Ex hac *praesumpta* domini, imprimis testatoris, voluntate deducitur, quod interdum non ille, qui seruitute necessaria indiget, illam redimat, sed *tertius quidam* cogendus sit, ut seruitutem necessariam impetret a proximo vicino. Si exemplum postulas, illud non longius quaerendum est. Ecce enim, si quis agrum tibi vendidit, ad quem tibi non patet aditus, nisi per praedium vicini, *tacite* videbitur promississe, suo se periculo effecturum, ut tibi aditus praestetur a vicino, quod SICVLVS FLACCVS observauit. Aliud exemplum habet VLPIANVS in non dissimili specie. Proponit enim praedii usufructum tibi legatum, sed non esse aditum ad praedium, nisi per fundum vicini, praesumitur autem, testatorem tibi etiam aditum *tacite* reliquisse. Heres igitur debet *gratis* aditum praestare ex voluntate tacita defuncti, quem repraesentat, neque tu cogeris ad seruitutem redimendam. Atqui heres ipse seruitutem praestare non potest, cum aditus non pateat per fundum hereditarium, sed per praedium vicini. Igitur *heres cogendus* est, ut seruitutem redimat a domino praedii vicini, *l. 44. §. 9. de legat. I.* Eadem ratione usus est MARCELLVS in lege 15. §. 1. *D. de usu & usufr. legat.* in qua heredem obligat, usufructuario aditum praestet ad fundum fructuarium, etiam per illum fundum, quem ipse heres non retinet, sed quem alii tradere cogitur ex testatoris voluntate. Ait enim: heredem *iure*

retentionis vti posse, & non prius debere fundum, per quem aditus peti-
tur, legatario tradere, prius quam legatarius fructuario concesserit viae
seruitutem, *d. l. 15. §. 1. D. de usu & usufr. legat.* Ne mireris, ius
retentionis heredi competere. Ius retentionis enim per exceptionem doli
mali semper exerceri potest, quoties aduersarius ex aequitate naturali obli-
gatur, §. 31. *Inst. de rer. div.* Itaque, cum legatarius ob *aequitatem* com-
pellendus sit ad seruitutem necessariam fructuario praestandam, recte heres
iure retentionis illum coget, vt aequitati obsequatur & viam fructuario
aperiat ex praesumpta voluntate testatoris.

§. VIII.

Vidimus summam aequitatis rationem, quae postulat, vt damnum
vicino compensetur pecunia, ne alter, acquisita seruitute necessaria, locu-
pletior cum vicini damno factus esse videatur. Sed praestat *evitari da-*
mnium ab initio, quam postea pensari. Igitur ante omnia operam iudex
dabit, vt vicino, qui seruitutem necessariam concedere compellitur, *quam*
constituenda minime per hanc occasionem noceatur. Enim vero in omnibus seruituti-
bus obtinuit, vt is, qui eas exercet, quam minime domino molestus, ne-
que illis impedimento sit, qui opera rustica faciunt, §. 1. *Inst. de usu &*
si duo prae- *habitat.* Prouidentissime enim ANTONINVS, *opportunitatem loci specta-*
dam esse, ait, *ne vicino nimis noceatur, l. 12. pr. D. de relig.* Igitur dice-
mus, si in diuersis locis aditus dari possit a vicino, potius loco sterili, quam
vberiore, & generaliter in eo loco, quo vicinus facillime carere possit, con-
stituendam esse seruitutem, etiam si vicinus alio loco eiusdem agri commo-
dius ad suum fundum peruenire queat. Ita enim studere debet suo com-
pendio, ne vicino nimis noceatur: & praestat, ipsum aliquod incommodum
sentire, ne res familiaris vicini maiori incommodo perturbetur.

Quid igitur faciemus, si duo vicini praedia *aeque propinqua* habeant,
per quae possit tibi aditus concedi. Perillustri L. BARO DE WERNHER
illi, qui seruitutem petit, dat electionem, in quo praedio malit viam sibi
constitui, si vtrumque praedium aequale sit propinquum. Has enim rationes
responso ^o adiecit, Ob wohl Beklagter anführet, daß mehrere Leute
Länderen an besagter Wiese besitzen, und er nicht deterioris conditionis,
als jene, seyn könne. Diemeil aber dennoch, wenn unterschiedliche Nach-
barn in der Gegend vorhanden, über deren Grundstücken die Uebersahrt
gestattet werden mag, dem andern einen von denenselben, dessen Feld ihm
zur Uebersahrt am bequemsten lieget, zu benennen freysethet 2c.

Prorsus assentior illustri viro, si vtrumque praedium non solum *aeque*
propinquum, sed etiam *aeque bonum* est. Tunc enim neutrius praedii do-
minus

^o) WERNHER in sel. obs. for. p. V. obs. 57. p. 85.

minus conqueri potest, si pro iusto pretio cogatur seruitutem necessariam concedere vicino. Sed finge, alterius vicini agrum, aequè propinquum, vberimum esse & fertilem, vt quaelibet particula spem magnae utilitatis contineat, alterum vero agrum esse sterilem & negligentius cultum, vt domino non magna spes ex illo relinquatur. In hac quidem specie non illius videtur esse electio, qui seruitutem petit, sed agrum sterilem potius seruitute onerandum esse credo, quam vberiore. *Opportunitas enim loci spectanda est*, non sola commoditas illius, qui poscit seruitutem, si ANTONINI rescripto obsequimur *d. l. 12. pr. D. de relig.* & ita seruitus constituenda est, ne nimis vicino noceatur. Sed opportunior est ager sterilis, cui minus nocetur, & cuius fructus omnes exigua pecunia pensari possunt, cum contra in agro vberiori etiam minimae particulae iactura cum magno incommodo sit coniuncta.

Vides, hac lege concedi seruitutem necessariam, *ne domino nimis noceatur*. Sed quando dicemus, domino nimis noceri? Non erimus scrupulosi in re plana & aperta. Nimis enim nocetur vicino, si illi, qui seruitutem petit, exigua sit spes utilitatis, sed damnum certum atque manifestum isti immineat, qui viam alteri concedit, tunc enim vox naturae te repellit, quae prohibet, ne plus oneres amicum tui emolumentum causa, quam ipse lucri expectare possis. Igitur si quis agrum sterilem aut macrum & saxosum possideat, & viam petat a vicino per agrum eius vberiore & diligentius excultum, apparet, ineptam esse petitionem possessoris, quae nulla aequitate commendatur, huic potius suaderemus, vt obtemperaret consilio VARRONIS *p)*, qui iubet, agrum sterilem potius vendere, quot assibus poteris, aut si non possis, derelinquere, ne vicino sis molestus. Nimis ergo nocetur vicino, si plus ille incommodi accipiat, quam tu utilitatis. Sed inprimis noceri vicino certum est, si damnum, ex seruitute constituta metuendum, ne possit quidem facile pecunia pensari. Quidam enim agros habent tam diligenter cultos, vt malint fundum deserere, quam permittere, vt circuli atque ordines ipsorum perturbentur. At vero alienum est ab officio vitae socialis, fundum vicini corrumpere & inutilem reddere, vt tuo fundo uti possis. In pari enim causa conditio domini praefertur. Imo vero ne tua quidem interest, viam te a vicino impetrare, qui agros probe excultos habet; cum tanto *maiori pecunia* condemnandus sis, quanto pretiosius est praedium vicini. Multum igitur in his speciebus aestimandis arbitrio boni viri relinquendum est.

Si quis *coemerit* praedia, ad quae emtor accessum non habet, dubitatum est, an viam a vicino possit postulare. Coemta autem dicimus, quae a possessore praedii, amplificandae rei familiaris causa, comparantur. Finge

igitur, possessorem villae agros dissitos coemisse, ad quos nequeat, nisi per agros vicini, peruenire. Habebit causam vicinus, ut tergiuerfetur. Dicit enim, iniquum esse, te amplificare rem familiarem cum vicini detrimento, neque hanc veram esse *necessitatem*, quod ad fundum *nouiter coemptum* accedere non possis, sed hanc *tuo facto* tuaque culpa *contractam* esse, cum non debuisses emere praedium, ad quod accedere non posses. Est hoc aliquid, fateor. Sunt enim odiosa interdum *latifundia* & praedia *coempta*. Ridet istam coemptionem HORATIVS FLACCVS q) in illo famoso,

Cedes coemtis saltibus & domo

Villaque, flauus quam Tiberis lauit.

Coemebantur enim apud Romanos praedia tam auide & incontinenter, ut GRACCHVS intercederet, ne quis in Italia amplius, quam ducenta iugera possideret, cum nemo plus colere posse videretur r), utque lege LICINIA s) modus coemptionibus imponendus esset, ne quis temere, & citra spem fructus, agros compararet. Imo vero *perdiderunt Italiam latifundia*, quod C. PLINIUS SECVNDVS confitetur t), cum *diuites latifundiorum* domesticae copiae, quod VARRO ait, deciperent emtores u).

Odiosa igitur erant latifundia, & ne culpa quidem vacare videbatur, qui *dissitas* & omnino multas possessiones compararet. Quanto frugalius est illud poëtae:

— — — *Laudato ingentia rura,*

Exiguum colito x).

Ira certe diligentissimis rei familiaris magistris visum est, foecundior rem esse exiguitatem cultam, quam magnitudinem neglectam y), cum satius sit, pauca habere & bene colere, quam multa possidere & colere non posse z). Ex veterum enim sententia ager debet imbecillior esse suo domino, hoc est, non plus emendum est, quam pro modo facultatum, quae sufficere possint ad praedii culturam a).

Videntur itaque culpa sua in necessitatem incidere, qui multas possessiones *coemunt*, ideoque indigni esse praesidis auxilio, cum damnum, sua culpa contractum, sentiant. Verum enim vero nihil me illa mouent, neque mihi persuadent, seruitutem necessariam peti non posse a vicino, si quis praedia nouiter *coemerit*, ad quae peruenire non possit, nisi per praedium vicini. Nimirum fauore agriculturae obtinuit, ut sine discrimine compelle-

q) HORAT. II. od. 3. vers. 17. r) SICVLVS FLACCVS l. c. p. 2. s) Fragmentum L. Licinae inter leges rei agrariae apud Goesium pag. 348. t) PLIN. XVIII. hist. nat. 6. u) VARRO I. de re rust. 16. x) VIRG. II. georg. vers. 412. 413. y) FALLAD. I. de re rust. 6. z) PLIN. XVIII. hist. natur. 6. & COLVM. I. de re rust. 3. in f. a) COLVM. I. de re rust. 3.

pelleretur vicinus ad viam concedendam, si quis aliam viam non habeat ad fundum suum, ne boni agricolae ab emtione & cultura agrorum deterreantur metu difficultatum, quae a vicinis obiici possent possessoribus agrorum. Neque vero semper culpam admittit, qui noua praedia comparat, cum saepe emendus sit ager, vt illa suppleantur, quae desint agro paterno aut avito. Ad felicitatem agricolarum pertinet, si

— — — Latis sint otia fundis b).

Imo faciamus, admitti saepius culpam aliquam subinde in coemtione; certe talis est haec culpa, cuius veniam facile dabimus agricolae decepto, qui fundum, non qualem velit, sed qualem inuenit, interdum emere cogitur. Tutores quidem boni patrisfamilias diligentiam praestare debent, & facile tamen illis ignoscitur, si non bonam conditionem elegerint in praediis, pecunia pupillari coemendis, modo non per sortes & gratiam emisse videantur. Ita enim **VLPIANVS** respondit, l. 7. §. 2. *D. de administr. & peric. tut.* Et recte quidem nostra sententia, cum non nimis subtiliter culpa aestimanda sit in agricolis, qui facile nimia subtilitate perturbantur & animos demittunt. Praeterea non conqueri poterit vicinus, cui damnum, si quod patitur, pecunia & iusto pretio pensatur. Si enim verum est, compelli posse vicinum, vt viam concedat pro iusto pretio, quoties vicinus alter alium accessum non habeat ad fundum suum, quod generaliter receptum esse supra probauimus; non interest vicini, quomocunque alter nouum praedium acquisiuerit, ad quod aditum non habet. Quid enim faceret, si legatus fuisset fundus vicino. Certe pati deberet vicinus, vt heres ab ipso redimeret viam & necessarium accessum, l. 44. §. ult. *de legat. I.* Quid multa? Luculenter **DIOCLETIANVS** & **MAXIMIANVS** docuerunt, successionum varietate, additis vel detractis agris, determinationis veteris monumenta saepe permutari, l. 2. *C. finium regund.* Ex quo loco intelligitur, etiam *necessitates* vicinorum permutari per successionum varietatem. Neque distinguitur, qualis sit successio; sed, permutatis successoribus, nouae necessitati noua aequitate succurrendum est, & aditus successoris praestandus, qui aliter accedere non potest ad fundum suum. Vides igitur, etiam ad fundos, *nouiter coemtos*, aditum necessarium praestandum esse a vicino, cui iustum pretium soluatur. Vnum excipio, si is, qui fundum coemit, aliquid insoliti & praeter morem regionis, quod ad res nouas & insanam cupiditatem spectare videatur, molitus sit in coemtione praediorum. Tunc enim nulla aequitas succurrit illi, qui praedia coemit & cum periculo reliquorum amplificauit possessiones suas. **IULIVS CAESAR** laudat in Germanis illam prouidentiam, quod non passi sint, possessores agrorum latos fines parare, si periculum

b) **VIRG.** II. georg. 468.

riculum esset, ne humiliores a potentioribus opprimerentur, aut possessionibus suis expellerentur ^{c)}. Hos potius iubeamus animum compescere & modum sibi constituere, & cogitare illud HORATII FLACCI ^{d)}.

*Latius regnes avidum domando
Spiritus, quam si Lybiam remotis
Gadibus iungas.*

C. PLINIVS deridet L. Tarium Rufum, qui, infima natalium humilitate, consulatum diligentia militari meritis est, antiquae alias parsimoniae, magnas diuitias, liberalitate Diui Augusti congestas, totumque patrimonium exhaustit agros in Piceno coemendo, atque ita ad egestatem perductus est ^{e)}. Non fauet praetor illis, qui insolita negotiatione perturbant aliorum rationes, sed caum etiam & damna insolita ipsos ferre iubet, ne dominus illorum culpam luere cogatur. Hoc POMPONIVS tradidit, l. 11. *D. de negot. gest.*

Apparet itaque, rem totam arbitrio prudentis iudicis permitti, ne cuiusdam immoderata cupiditas vicinis molesta sit, neque vicinorum inuercunda acerbitas humanitatem deserat, &, cum publicae rei detrimento, rationes rei rusticae corrumpat.

Res erit luculentior exemplo. Nobilis quidam, extra Saxoniae electoratum, ad subleuandam rem familiarem agros quosdam, a praedio equestri dissitos, emerat, ad quos non, nisi per longas ambages, & per pontes, magno pretio construendos, peruenire poterat. Sed patebat via compendiarum per agros rusticorum. Nobilis igitur poscebat a rusticis aditum & promittebat illis remissionem certae pecuniae annuae, quam illi pro seruitiis & operis praestabant. Rustici, ut solent, repudiabant hanc conditionem, & pertinaciter negabant viam. Sed apparebat, utilem & opportunum esse agrum praedii domino; rusticorum vero agros steriles & arenosos, ut via sine magno incommodo concedi posset. Praeses huius dissertationis priuatim consulebatur. An rustici compelli possent ad conditionem hanc accipiendam. Respondit: posse. His fere rationibus adiectis: Obwohl Feld-Nachbar zu Gestattung einer Uebersahrt nur in dem Falle angestrenget werden mögen, wenn der Nachbar zu seinen Feld-Stücken, ohne derer übrigen Nachbarn Felder zu berühren, nicht gelangen kann.

l. 12. pr. D. de relig.

l. 15. §. 5. D. de usu & usufr. leg.

Wernher select. obseruat. P. V. obs. 57. p. 85.

Dahin=

^{c)} IUL. CAES. VI. de bello Gall. 28.

^{e)} PLIN. XVIII. hist. nat. 6.

^{d)} HORAT. II. od. 2. vers. 9 seq.

Dahingegen, so viel ichigen Fall betrifft, der in dem beygefügtten Risse von A. bis R. angemerkte Weg vorhanden, dessen der Besitzer des Ritterguts sich äussersten Falls gebrauchen könnte, hiernächst die Unterthanen, daß die Felder, darzu der Weg verlangt wird, von den Ritterguts-Hufen weit abgelegen, mithin die Erkauffung dererselben denen Reguln der Haus-Wirthschaft zuwider sey, folglich der Gerichts-Herr, wenn ihm die ordentliche Straße beschwerlich wird, solches sich selbst bezumessen habe, und denen Unterthanen dieserhalb neuerlich eine beschwerliche Servitut aufzubürden nicht besugt, zu behaupten suchen.

D. a. d. mehrermeldete Unterthanen, daß der ordentliche Weg dem Gerichts-Herrn ungemein beschwerlich sey, und das Zug-Vieh, ehe es auf diesem Wege zu denen neuerlich erkaufften Feldern gelangen könne, sehr abgemattet werden müsse, auch sodann mit solchem Zug-Viehe in einem Tage nicht viel bestellet werden könne, sowohl, daß die im Vorschlag gebrachten Brücken ohne grosse Kosten nicht erbauet noch erhalten werden möchten, selbst gestehen müssen, folglich die verlangte Uebersahrt bey dieser Bewandniß vor eine wahre Nothdurst zu achten,

l. 10. D. de negotiis gestis.

l. 25. D. de pignor. act.

in mehrer Erwägung die Land-Wirthschaft ohne Einziehung übermäßiger und unerschwinglicher Kosten nimmermehr bestehen kann, überdieß die auswärtigen Gerichts-Personen bey der angestellten Ocular-Inspection befunden, daß die neuerlich erkaufften Kraut-Stücke bey dem Rittergute nicht wohl zu entbehren, und denen Unterthanen durch den vorgeschlagenen Feld-Weg, in Ansehung derer schlechten Feld-Arten, an denen angewiesenen Orten wenig Schade geschehe, welcher allensfalls durch den vorgeschlagenen Erlaß des jährlichen Dienst-Gelds reichlich ersetzt werden könnte:

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß die Unterthanen zu Gestattung der Uebersahrt, an dem von C. bis Q. bemerkten Orte, gegen den vorgeschlagenen Erlaß des jährlichen Dienst-Gelds, so lange der Gerichts-Herr sich dieser Uebersahrt gebrauchen wird, billig anzuhalten.
B. R. W.

Saluo rectius sentientium iudicio.



LXXVI.
OBSERVATIONES
DE
DE L I C T I S
Q V A E
IVRE FAMILIARITATIS
EXCVSANTVR.

AD L. XXXVI. §. VII. D. DE FVRTIS.

VITEMBERGAE, AD DIEM DECEMBRIS. A. Q. S. P. EST CIO MDCC L.

VLPIANVS LIB. XXXII. AD SABINVM

Recte dictum est, qui putauit, se domini voluntate rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, siue falso id, siue uere putet?

§. I.

Recte quidem PLINIVS ^{a)} noster derisit ciuem illum. qui etiam in ^{Sunt qui-}dam gradus conuiuio ^{amicorum;} gradatim habuerat amicos. Sordidum enim videri, ait, quod ^{iniure publi-}aliis fercula minuta & vilia posuerit, aliis & sibi opima atque sumtuosa, ^{co & gentium} & quod ipsum etiam vinum in tria genera descripserit, aliud sibi & poten- ^{in primis non}tioribus, aliud *minoribus amicis*, aliud libertis; ut conuiuae, quibusdam ^{omnes socii}quasi ordinibus, discernerentur. Recte, inquam, derisit hominem intem- ^{aequo iure}pestiue diligentem, qui amicos suos non ad notam & contumeliam, sed ad conuiuium & hilaritatis usum communem inuitauerat, ideoque eos, qui ^{coniunguntur.}mensa & thoro ab ipso exaequati erant, rebus omnibus *exaequare* debuisset. Neque enim exprobrandum est minoribus amicis, quod inferiore apud nos loco sint, quam alii potentiores, qui maiori necessitudine nobiscum coniunguntur.

Quamuis autem latissime pateat nomen amicitiae, multosque comprehendat, quos omnes interdum exaequare debeamus; sunt tamen pro-

^{a)} PLIN. II. epist. 6.

perfecto quidam gradus & fines coniunctionis ac familiaritatis, quos nisi diligenter custodiamus, necesse est, omnem iucunditatem omnemque fructum amicitiae corrumpi & perverti. Hoc discrimen sollicitè Romani in *pacis & foederum* formulis imprimis expresserunt. Generaliter enim, quoties ab armorum contentione discedebant, & cum populis externis in gratiam redibant, hac formula solenni: *ut illis pax & amicitia cum populo romano esset*, utebantur. Neque tamen omnes *aequo iure*, neque iisdem conditionibus, in *societatem & amicitiam* recipiebant. Eleganter enim PROEVLVS noster observavit, interdum foedere comprehensum fuisse, ut populus foederatus *comiter* conservaret maiestatem populi Romani l. 7. §. 1. D. de captiv. & de postlim. b) illaque formula non quidem libertatem foederatis adimi, sed hoc tamen significari, quod *inferiores* sint Romanis, & quasi *clientum iure* censeantur. T. LIVIVS c) enarrat formulam pacis cum gente Aetolorum his legibus initae, ut imperium *maiestatemque* populi Romani *sine dolo malo* conservarent. Immo vero petebant interdum socii, ut *imperaret* sibi populus Romanus, quae bono fidelique socio essent *imperanda*, quod LIVIVS d) in Antiocho observat. Eumenes etiam Romanorum foederatos socios & *amicos* ex populo Romano *pendere* fatebatur. e) Multo liberalior formula, qua Romani cum rege Numidarum amicitiam fecerunt: si perseveraret hostes populi Romani bello persequi, *gratiam* rem eam Senatui & populo Romano futuram esse, ipsosque annixuros, ut in tempore & bene *cumulatam gratiam referrent*. f) Hi enim populi *aequo iure* g) in societatem recepti videbantur, & multum ab his discernendi erant, qui populo Romano *obnoxii* & subiecti habebantur. h) Illos quidem, quos pari iure secum coniungi vellent, plerumque ex *Scito* *fratres & amicos* appellabant; sed hoc tamen *beneficii* volebant loco esse, & *gratiam* sibi ab his, quos amicos nominaverant, referri postulabant, quod CAESAR Ariovisto exprobrauit. i)

Sed ne illos quidem, quos *aequo iure* receperant, iisdem conditionibus in societatem admiserunt. Nonnullis gentibus, in quibusdam dundaxat causis, k) opem & auxilium terebant, aliis generaliter, se iniurias ipsis illatas non neglecturos, l) & amicitiam populi Romani foederatis praesidio & ornamento futuram esse, m) promittebant.

G 2

Non

b) CIC. pro Corn. Balbo cap. 16. c) LIV. lib. XXXVIII. cap. 11.

d) LIV. XXXII. 6. e) LIV. XXXII. 13. f) LIV. XXIV. 48.

g) VIRG. Aeneid. XII. v. 190.

— — — paribus se legibus ambæ

Iniuncta gentes aeterna in foedera mittant.

h) LIV. VII. 30.

i) IVL. CAES. de bell. Gall. l. 35.

k) Idem. de

bell. Gall. l. 44. n. 17.

l) Idem de bell. Gall. l. 35.

m) Idem.

eodem l. 44. n. 10.

Nolo verbosus esse in re manifesta. De Romanorum enim foederibus BARNABAS BRISSONIVS copiose & diligenter exposuit. ^{u)} Præterea vero ipsa rerum natura nos docet, alias aliarum gentium opportunitates esse, quæ efficiant, ut omnes populi quasdam duntaxat gentes, quarum gratiam & amicitiam sibi utiliore esse posse arbitrantur, ætiori vinculo necessitudinis sibi copulent, quas *socias & foederatas* solent appellare. Ceterum amicos iure gentium omnes populos dicimus, cum quibus controversias non exercemus, neque armis publica concertatione per vim contendimus, & hoc solum appellatione amicorum significamus, illos hostium numero non esse, sed bene in nos animatos, certe non suspectos, neque infidiosos, neque aduersarios, videri. Interdum etiam ad honorem quorundam populorum pertinet, si a potentioribus *amici* nominentur, quamvis nullo speciali foedere coniuncti sint. Ita Galli quidem Batauos, etiam extra casum foederis singularis, *bonos amicos, nos bons amis, unsere guten Freunde*, in edictis publicis appellant. Imperatores certe Romanorum principes electores subinde *amicos & agnatos, unsere lieben Freunde*, honoris significandi gratia nominant, quamvis nullo foedere singulari, præter publicam imperii formulam, cum illis coniungantur. ^{o)} Hoc enim alio loco a nobis comprobatum est ^{p)}.

§. II.

Etiam pri- Habes *gentium* & imprimis populi Romani *amicitias*, quæ non semper aequo iure, sed, prout utilitas poscebat, aliis atque aliis conditionibus contrahebantur. Superest, ut de *amicitiis privatis* videamus. Nimirum *gradibus quibus-* etiam inter privatos obtinuit, ut amicorum nomen generaliter omnibus, *dam discer-* qui vel *leui* tantum *notitia* nobis coniuncti, aut etiam ignoti, modo non *nuntur: dif-* ferunt *ami-* inimici sint, liberaliter accomodemus. Hoc agnovit PAVLLVS noster, *citiae com-* qui, non omnes *leui* notitia coniunctos, iura *amicitiae* cum patrefamilias *munes & fa-* habere, ait, quamvis eos, propter illam notitiam, & quia non prorsus igno- *pientum: fa-* ti aut inimici sunt, amicos appellare soleamus. l. 223. §. 1. *D. de verb.* *cile confun-* *signif.* Etiam germani nostri, si quosdam obuios habeant, quamvis igno- *duntur gra-* ti sint, modo non inimici esse videantur, inter salutationis blanditias, *amicorum.* *amicos, amicos beneuolos*, notissima formula; *salve bone amice, Gott* *Hinc oriun-* *gruß euch guter Freund, günstiger guter Freund*, compellant. Sed hæc *tur delicta* *appellatio amici*, ut diximus, ad blanditias moresque salutantium communes *que fami-* pertinet, & nihil iuris singularis tribuit, nihil continet, quod non ad omnes om- *liaritatis iu-* nino homines, qui nulla contentione nobiscum congressi sunt, referri possit. *re excusan-* *tur.*

Ab

^{u)} BARN. BRISSON. de formulis & solennibus populi Romani verbis, lib. IV. cap. 44. sqq. ^{o)} LIMNAEVS ad capitul. Caroli V. p. 124. ^{p)} vid. praelidis dissertat. de adopt. in locum fratris §. 4. p. 25.

Ab his autem *promiscuis* amicis PAVLLVS illos seiungit. quos ab extraneis & alienis ac remotis, propter arctiorem aliquam coniunctionem, *amicorum* nomine discernimus, illosque paucos ex multis eligimus, ut nobiscum *familiarius* versentur. In his enim non leuem notitiam sufficere iudicat, ut nomen amicorum eis tribuatur, sed praeterea desiderat, ut illi, qui affectent nomen amicorum, *iura* quaedam *singularia* cum patrefamilias habeant, neque suo tantum ingenio illa iura fingant, sed *honestis* familiaritatis rationibus quaesiverint iura illa familiaritatis & sanctissimum nomen *amicorum* d. l. 223. §. 1. D. de verbor. signif.

Igitur non solum omnes, qui non inimici sunt, verum etiam speciali & proprio nomine paucos illos, quos in consuetudinem nostram, necessitudinis quaedam iure admisimus, *amicos* appellamus. Nimirum, ut rem quasi in summa comprehendam, *specialis* & *arctior* illa *consuetudo amicitiae* est coniunctio illorum, qui vires suas *occultas* utrinque curiosius *perspexerunt*, & pro modulo illarum virum, *spe utilitatis* cuiusdam *mutuae*, beneficiis se inuicem exornant, & illa officia *singularia* ab amicis exigunt, *quae ab ignotis expectari non possunt*. Sed hæc ipsa natura amicitiae ostendit, esse *gradus* quosdam *amicorum*, longo discrimine inter se disiunctos.

Res erit luculentior, si per partes singulas eamus. Dixi enim, *spe mutuae utilitatis* coniungi amicitias, cum non possit cogitari honestum aliquod negotium, nisi fructus aliquis nostri consilii & utilitas quaedam, vel nostra vel communis, expectari posse videatur. 1) Sed apparet, *utilitates* illas, propter quas iunguntur amicitiae, omnino *varias* esse & diuersissimi generis: aliam utilitatem a potentioribus, aliam ab aequalibus aut minoribus, aliam a magnis & probis ingeniis, aliam ab exilioribus & depressis, sed ingenuis tamen atque rectis, aliam a callidis & exercitatis, aliam a simplicioribus, expectari posse. Ex his fontibus oriuntur diuersae coniunctiones amicorum. Hinc amicitiae *superiores* aliae, aliae *minores*, a C. PLINIO SECVNDO appellantur, 2) cum totalem suum ad capeffendas *urbis* delicias inuitaret, atque, inter alia, etiam amicitias non solum superiores, sed etiam minores, illi ostenderet, quasi diuersa genera oblectamentorum & iucunditatis. Ex hac causa amicitiae *sapientum* plenissimae, omniumque rerum communitatem 3) continentes, distinguuntur ab amicitiiis *communibus* seu vulgaribus & plebeiis, quae adstrictiores sunt, & cum exilibus qui-

1) CICERO de amicitia c. 21. in contrarium disputat, atque ex naturali instinctu omnium animalium amicitias deducit, quamvis nullam spem utilitatis contineant. Sed cogitare debuisse CICERO, hos naturales instinctus hominibus non alia ex ratione ingenitos esse, quam ut ope illorum instinctuum quasdam utilitates generi humano proficuas & a creatore destinatas, inoderante ratione & lege non refragante, cupidius quaerant & procurent. 2) PLIN. VII. ep. 3.

3) CIC. de amicit. c. 17.

quibusdam ingeniis iungi possunt, sed habenas quasdam desiderant, quibus adduci subinde & laxari queant, ne amicus facilitate nostra abutatur *).

Accepisti, unde amicitiae superiores & minores, itemque perfectae & communes seu vulgares oriantur. Sed adeamus etiam ad alterum fontem, ex quo diuersa quaedam genera amicorum enascuntur. Dixi enim porro, *amicos* ab *ignotis* hoc maxime discrimine distingui, quod amicorum *vires occultas, magis perspectas*, habeamus, ideoque sciamus, quid nobis praestari possit ab amico, quid ferre & pati amicus noster possit, & quo modulo illum metiri debeamus. Hinc enim oriuntur *specialia* illa *officia* amicorum, quae ab aliis ignotis frustra expectantur; ideoque recte praecepit M. TVLLIVS, *probe cognoscendum & penitus inspiciendum* esse ingenium amici, ut sciamus, quibus rebus moueatur, & an sperari possit stabilis animorum coniunctio, quam solemus *fidem* appellare. u) Igitur amicitiae contrahi non possunt, nisi *longiore* quodam *usu & consuetudine*, quæ nobis det occasionem, ut vires & ingenium amici penitus inspiciamus. Sed *usus* amicitiae & *consuetudo* multis gradibus distinguitur, ideoque varias species & gradus amicorum parit. Alios enim *ineunte tantum ætate*, atque in ipsa pueritia, cognouimus, sed, postea ab illis segregati, diuersas rationes & separatam vitae consuetudinem secuti sumus, quae amicitiae, ut SCIPIO aiebat, sæpe cum ipsa prætexta mutantur atque extinguuntur; x) aliae ad adolescentiam usque extenduntur, & ætate magis confirmata, diuturniore usu & consuetudine, morum & vitae similitudine, pertinaciter continuantur: quod genus amicitiae stabilius est, & facilius perdurat. Denique generaliter cum quibusdam amicis *diuturnus* nobis *usus* est, cum aliis *per breue tempus* consuetudine quadam coniungimur, ut penitus illos inspicere omnino nequeamus, sed vix ex quibusdam unguiculis ingenium occultum cognoscere possimus. Hinc orta est alia diuisio amicorum, quorum alii *amici simpliciter*, alii *familiares* appellantur, quasi longa consuetudine in ipsam domum & familiam usu perpetuo recepti. C. PLINIVS SECVNDVS mentionem facit y) aduersarii cuiusdam, cum quo ipsi quidem *amicitia*, sed non plane *familiaritas* fuisset. Eleganter etiam MODESTINVS *familiares* parentum coniungit ab *amicis*. l. 2. pr. D. qui pet. tutor. Et hi quidem non solum nominibus, sed etiam officiis et iuribus amicitiae multum inter sese distinguuntur, ut deinceps apparebit. *Familiares* autem, propter summam consuetudinem, *familiariter amici*, z) *familiarissimi homines*, nobisque *rebus omnibus* coniuncti, a) *amici*, quibus *simpliciter credimus*, b) quorum caus-

*) CIC. de amic. c. 13.

u) CIC. de am. c. 18.

x) Idem. cap. 10.

y) PLIN. IV. ep. 17.

z) QVINCTIVIL. inst. orat. lib. 1. c. 2.

a) CIC.

in epist. ad Att. lib. 16.

epist. ult.

b) PLIN. VI. ep. 21.

caussa *omnia facturi* sumus, & a quibus *omnia postulare* possumus. c) dicuntur.

Sed longe aliter hæc in illis observantur, quos non *familiares*, sed *amicos* simpliciter, dicere solemus. Hæc enim amicitiae tam angustis interdum finibus continentur, ut quidam *unius tantum rei* societatem ineant, & in uno illo negotio confraternitatis & amicitiae iure inter se utantur; in reliquis, quasi extranei & alieni, nihil commune habeant, & separatis rationibus res quisque suas administrent. l. 63. pr. D. pro socio. l. 7. § 52. ff. 6. D. eod. Alii inter se hanc solam amicitiae causam habent, ut sermonis & colloquii aditum alter alteri concedant, & hac sola licentia colloquendi ab extraneis & ignotis seiungantur, quod CAESAR observavit. d) Imo vero non solum pleræque amicitiae, sed etiam familiaritatis, non *certa formula*, sed *usu*, atque *consuetudine* & *præsumpto* amicorum *consensu*, maxime reguntur. Hinc varii & infiniti gradus amicitiae & familiaritatis. Idem enim, quem antea appellavi, CAESAR e) commemoravit quosdam devotos & soldurios, qui singularis amicitiae iure, non solum *pro amicis*, sed etiam *cum amicis* mortem oppetere, non recusabant. „Eorum enim „hanc fuisse conditionem, ait, ut *omnibus* in vita *commodis* una cum illis „fruerentur; quorum se amicitiae dedidissent: sin quid iis per vim accidisset, „aut eundem casum una ferrent, aut sibi mortem consciscerent: neque ad „huc hominum memoria repertum esse quemquam, qui, eo interfecto, cu- „ius se amicitiae deuovisset, mori cum illo recusasset. „

Non vacat per omnes species vagari. Sunt enim infinitae pro diuerso usu vitae & consuetudinis, ut earum numerus iniri propemodum non possit. Illud apparet, facillime decipi posse simplices homines, ut, si semel ad gradum quendam amicitiae, quamvis infimum, admissi sint, omnia sibi permitta esse iudicent, atque sanctissimum amicitiae nomen delictis etiam contaminent, quorum poenam sola *familiaritatis excusatione* vel evitare cogitant, vel certe minuere, eiusque mitigationem impetrare. Hinc oriuntur tot in amicitis *communibus ac plebeiis iurgia* & tristes querimoniae, quæ, si in forum protrudantur & sententia definiri debeant, interdum non exigua difficultate animos iudicantium perturbant. Quidam enim tam longe ab officio amicitiae discedunt, ut ipsam etiam *obscenam* spurcitiem, omnesque *iniurias*, & dedecora omnia, cum familiaribus admissa, veniam habere, nihil amicis non ignoscendum esse, neque resisti posse precibus & voluntati amicorum, arbitrentur. Alii, per occasionem familiaritatis, *improbitati* suæ indulgent, & amicos simplices, nihil tale suspicatos, *dolose* decipiunt, ideoque, iniqui & occulti compendii causa, facilitate amicorum turpissime & scelestissimo exemplo abutuntur. Sed his quidem, tantum ab-

c) C. I. C. de amic. c. 10.

d) IUL. CAES. V. de Bell. Gall. 41.

e) IUL.

CAES. III. de bell. Gall. 22.

abest, ut *familiaritatis excusatio* prodesse possit, ut potius grauiorem poenam & turpem infamiam mereri videantur. Haec igitur infra, capite extremo, in transcurso attingemus.

Sed interueniunt etiam alii, qui speciosiore titulo utuntur, & non sine probabili obtentu *ius amicitiae* inuocant in delictis excusandis. Alii sine nostra culpa nobis molesti sunt, &, quamuis illos auersemur, ipsi, propter generale nomen amicitiae, in familiaritatem se ingerunt, nobisque se obtrudunt. PAVLLVS hos notauit *l. 223. §. 1. D. de verbor. sign.* Non enim ferendos esse, ait, qui, vix *leui notitia* nobis coniuncti, in numero amicorum se esse iudicent & sanctissimo amicitiae & familiaritatis nomine ad obtegendam, quidlibet petendi audendique, licentiam impudenter abutantur.

Sed hi quidem, ut dicere occupauimus, *sponte* & non inuitati corrumpunt nomen amicitiae; alii, *culpa* quadam *nostra accedente*, in amicitiiis delinquent. Quidam enim deteriores sunt licentia, quod P. TERENCEIVS ait, *f)* & facilitate amicorum ita deprauantur, ut tandem ferri non possint, sed omnem nobis utilitatis fructum eripiant & interuertant. Enimvero amici quidam, ut Atticus noster, *g)* nunquam irasci illis possunt, quos diligendos esse semel arbitrati sunt. Qua re efficitur, ut illi, cum quibus coniuncti & implicati simus, amici impudentes atque importuni in illo gradu, in quem recepti sint, subsistere nequeant, sed

*Quodcunque inciderit in mentem, velint, neque id
Putent, prauum an rectum sit, quod petant. h)*

Quanto rectius CORN. TACITVS & C. PLINIVS SECVNDVS docent, interdum amicis *resistendum* esse, *i)* neque tantum cogitari debere, quid *iam* velint a nobis fieri, sed quid perpetuo probaturi sint, & quid honestum sit a nobis tribui amicis. *k)* Seducimus enim amicos nostra indulgentia, efficimusque, ut vel ipsos pudeat aliquando suae immodestiae, vel, si intolerabilis quaedam iniuria exarserit, ipsae amicitiae dissuendae & extinguendae sint, aut etiam discindendae atque opprimendae *l)*.

Sed hi certe amicitiae *verecundiam* detrahunt, quam M. TVLLIVS praecipuum amicitiae ornamentum esse ait, *m)* atque occasionem cupiditatis suae explendae se inuenisse credunt in nimia facilitate & indulgentia amici. Ipsa enim *furta* & *inuasiones* & *rapinas*, *familiaritatis titulo* excusant, & quae vix in perfectissimis sapientum amicitiiis aliquando tolerari possunt, sibi etiam in plebeia familiaritate & leui notitia omnino permixta esse iudicant.

Haec

f) TERENCEIVS. heaut. act. 3. scen. 1. vers. 74.

Attici.

h) TERENCEIVS. loc. cit. vers. 73.

& PLINIUS. VII. epist. 14.

cit. c. 21.

k) PLINIUS. I. epist. 7.

m) CICERO. de amicit. c. 21.

g) CORNELIUS NEPOS. in vit.

i) TACITUS. XIV. annal. 56.

l) CICERO. de ami-

Hæc talia autem, quamvis reprehensionem non effugiant, interdum tamen excusationem inveniunt, si nihil *dolo* fecisse videantur, quod PAVLLVS in specie non dissimili obseruat. l. 41. D. de acquir. vel amitt. possess. Ait enim impudens illi, ius esse amicitiae, ut rebus amicorum non lecus ac nostris liberrime utamur: ⁿ⁾ eaque in re fidem POMPONI & VLP-
PIANI inuocant, qui negauerint; *furtum fieri* ab eo, qui credidit, *dominum consensurum* esse, ut amici rebus eius iure familiaritatis vterentur. l. 76. §. 46. §. 7 D. de furtis. Et profecto habet hæc species aliquam difficultatem, cum sint omnino gradus quidam amicitiae, qui qui rerum omnium communiter sine ulla exceptione continent, quod supra ex M. TVLLIO probatum est, ut interdum *excusatione amicitiae* admitti possit, interdum reiicienda sit, si *minores* amici, vix leui notitia coniuncti, eandem licentiam sibi concessam esse credant, & domini facilitate abutantur.

Vides intolerabiles errores, quibus sanctissima amicitiae & familiaritatis iura polluantur. His igitur difficultatibus ut occurramus, non inutile fuerit de speciebus, quas proxime commemoravi, curatius exponere, ut ex ipsis *gradibus familiaritatis* certius constituatur, *quid ignoscendum sit amico*.

§. III.

Nimirum plerumque in amicitia delinquitur, si quis ex usu amicitiae *Contrecta-*
inuerecunde & immodeste coniciat, *dominum permissurum esse, ut rebus* ^{tio rei alie-}
eius non secus ac suis liberrime utatur. Quapropter *delicta, quæ iure fa-* ^{næ non est}
miliaritatis excusantur, appellamus *facta amicorum*, cum alterius amici ^{furtum si do-}
damno & inconiuncto coniuncta, sed præsumto eius consensu subnixa, quæ, ^{mini consen-}
si, inuito altero, a sciente suscepta essent, poenam delicti ordinariam om- ^{potest vicini}
nino mererentur. Et profecto facile consentiunt interdum amici, ut res ip- ^{& compates}
forum non secus ac nostras contrectemus, Imo vero res multae sunt, in ^{non semper}
quibus de suis commodis viri boni multa detrahunt, detrahique patiuntur, ^{nobis fami-}
ut iis amici potius, quam ipsi, perfruantur. Neque enim ad calculos vo- ^{consensus do-}
canda est amicitia, ut par sit ratio acceptorum & datorum: ^{o)} neque ex- ^{mini ex con-}
pectandum est amicis, ut rogentur; ^{p)} Imo vero non tam nostra sunt, ^{suetudine}
quæ nostra sunt, quam quæ sunt amicorum, cum hi quidem intentius & ^{amicitiae in-}
diligentius, quam sibi, omnia amicis subministrent, quod PLINIUS obser- ^{primis præ-}
uat. ^{q)} Igitur non infrequens est illa inter amicos licentia, ut ingrediantur
in fundum *etiam absentis*, eiusque copiis fruantur ex probabili domini con-
sensu. Ipse PLINIUS SECVNDVS Pontio suo itemque Pompeiæ Celeri-
næ

n) PLIN. VI. ep. 28.

o) C. C. de amicit. c. 19.

q) C. C. de amicit.

c. 13. Plin. IV. epist. 17. & Senec. II. de benef. c. I.

p) PLIN. I.

epist. 4. & VI. epist. 28.

næ indicat, se in Campania, ipsis absentibus, in fundos vtriusque ingressum esse & liberalissimo hospitio exceptum. ^{r)} PAVLLVS etiam commemorat amicum, qui in fundum amici absentis ingressus erat, non, ut illum possideret, sed ut *iure familiaritatis* possessionibus amici sui vteretur, *l. 41. D. de acquir. vel amitt. possess.*

Habes factum amici, quod formam delicti indueret, si *inuito domino* fusciperetur. Prohibere enim dominus omnino posset, ne quis in fundum suum temere ingrederetur, §. 12. *Inst. de ver. diu.* cum, qui prohibente domino ingressum molitus sit, etiam iniuriarum teneatur, quod VLPIANVS *l. 13. §. fin. & l. 5. pr. §. 2. D. de iniur.* probavit. Sed desinit ingressus ille *delicti* habere rationem, si amicus ex *probabili consensu* domini ingrediatur, & *iure familiaritatis* excusetur. Eandem rationem VLPIANVS & POMPONIVS in iudicanda rerum mobilium contrectatione secuti sunt, qui negauerunt, furtum omnino factum esse, si quis, cum res alienas attingeret, *putauerit*, se illas ex domini voluntate attingere, neque interesse, utrum vere an falso putauerit; cum *dolo careat*, qui nesciuerit, se inuito domino res alienas attigisse *l. 46. §. 7. & l. 76. pr. D. de furt.*

Itaque contrectatio rei alienae non videbitur furtum esse, si quis *nec dolose*, neque inuito domino, res alienas sciens attigerit, sed *putauerit*, dominum consensurum esse, ut contrectationem illam *iure familiaritatis excusare* posse videatur. Sed opportune addit POMPONIVS, quamvis *dolo careat*, qui ita contrectauerit, tamen *culpae reum* esse, si quis *existimaue- rit* quidem, dominum consensurum esse, sed *non iustam causam habuerit, ita existimandi*, aut *non debuerit existimare*, quod dominus sit consensurus *l. 76. pr. D. de furt.* Ex hoc enim loco intelligitur, non generaliter, neque perpetuo, dari familiaritatis *plenam* excusationem, si quis se res amici contrectasse fateatur; sed multum interesse, an ex *iusta causa* existimaue- rit, se illas domini voluntate contrectasse. Enim vero non omnes in *eum gradum* familiaritatis admittimus, ut etiam cum detrimento rei familiaris cupiditati illorum satisfacere velimus. PAVLLVS certe, ne in *avia* quidem semper verisimile esse, credit, illam *gratis* aliquid nepoti dare voluisse *l. 34. D. de neg. gest.* Recte SCIPIO apud M. TVLLIVM observat, nullam pestem esse maiorem in amicitiiis, quam *pecuniae cupiditatem*, quæ plerumque inte-ueniat, & amicitias, fide sanctissima contractas, labefactet. ^{s)} Audi-amus ARIOVISTVM apud CAESAREM, ^{t)} qui amicitiam populi Romani praesidio sibi, non *detrimento*, esse oportere, &, *si quid sibi subtrahatur* se libenter illam recusaturum esse, ait. Nihil difficilius expecta-ueris in communibus & plebeiis amicitiiis, quam amici consensum quo commoditates tibi quasdam insignes, cum aliquo *detrimento* suo, libe-

^{s)} FLIN. VI. epist. 28. id. lib. 1. ep. 4.

^{t)} CAES. 1. de bell. Gall. 44.

^{s)} CIC. de amicis. cap. 10.

liberaliter permittat. Pauci ad illum gradum familiaritatis admittuntur, ut rebus amici non secus uti possint ac suis.

Quæ cum ita sint, *probandus* est *gradus* ille familiaritatis, ex quo præsumere & coniecere possimus domini consensum, quod etiam STRYKIVS ^{u)} notavit. Sed quomodo probabis consensum domini absentis? Opportune POMPONIVS respondet, videndum esse, an *iusta causa* fuerit existimandi, quod dominus sit consensurus. Sed iusta causa existimandi inprimis ex ipso usu & *consuetudine* amicitiae repetenda est, ut intelligatur, utrum ad eum gradum familiaritatis accesseris, in quo dominus liberum omnino usum rerum suarum tibi permissurus esse videatur. *Consuetudine* enim inprimis augetur familiaritas, ^{x)} ex qua exardescit admirabilis amicitia, ^{y)} ut hi demum coniunctissimi habeantur, cum quibus nobis summus usus & consuetudo fuerit, ^{z)} & hæc sint veræ necessitudines, quæ cum longa consuetudine amicitiae sint coniunctæ. ^{a)}

Igitur ex consuetudine amicitiae eruendus est probabilis domini consensus. Ex hac enim familiaritate & consuetudine intelligetur, utrum tales sint amici facultates, ut facile rebus illis carere possit, quas tu contrectaveris, utrum *solitus sit*, res eiusmodi vel tibi vel aliis amicis suis dare & ministrare, utrum tantus tibi cum illo usus fuerit, ut credibile sit, amicum tibi tuæque honestati confidere & mutuam a te gratiam expectare. Hæc enim omnia si luculenter appareant, *credibile* est, dominum fuisse consensurum.

Mense Februario huius anni oblata est eiusmodi species ICtis Vitembergenfis, in qua contrectatio rei alienae *familiaritatis iure* probabiliter excusabatur. Auriga quidam opulentior & famæ integerrimæ per multos annos solitus fuerat in caupona quadam sibi hospitium parare, & equos suos pascere, & præmium ac mercedem consuetam honestissime persolvere. Crebro enim ibi commeauerat, & semper equos deduxerat in hanc cauponam. Aliquando eo peruenerat, caupone, & filio eius & uxore, & seruulo mediastino, absentibus, cum omnes ad bacchanalia quædam in pago celebrata confluiscent. Deduxerat igitur equos suos in stabulum apertum, caupone ignorante, ingressus erat in horreum frumentarium pariter apertum, & pabuli modum consu-tum, quo et uis suos pasceret, quasi *iure familiaritatis*, sumserat, omnia palam, conspicientibus multis, qui per cauponam circa meridiem frequentes commeabant, administrauerat, tandem, rebus omnibus procuratis, ex caupona digressus, cum nemo esset, cui præmium exsolueret, continuauerat protectionem, mox rediturus. Post aliquot

H 2

dies

^{u)} STRYK. de iure familiaritatis cap. 2. p. 13. sqq. vel potius Martinus Christoph Gertes, qui sub præsidio Strykii proposuit hunc libellum, sed ne verbulo quidem attingit delicta, quæ iure familiaritatis excusantur. ^{x)} CIC. XIII. epist. 19.

^{y)} CIC. de amic. c. 9. ^{z)} CIC. pro P. Sulla c. 4. ^{a)} CIC. I. Offic. cap. 17. pro Rege Deiotaro. c. 14. & de am. cap. 9.

dies caupo in alia parte cauponæ ex conclaui quodam pecuniæ non exigua quantitate sibi subtractam esse sentiebat. Auriga, nullius delicti sibi conscius, paucis diebus interiectis, reuertebetur, consueto hospitio usus, nec dissimulabat, quod pabulum sibi sumpserit, hospite absente, & pretium consuetum offerebat. Caupo, qui furtum passus erat, furti aurigam accusabat, quasi magna suspicione oneratum, quod paullo ante illud tempus, quo ille furtum sibi factum esse senserat, cauponam, hospite absente, introiisset, & ex horreo frumentario pabulum sumpsisset. Auriga multis modis se purgabat, in primis ostendebat ius hospitii, quo per multos annos usus erat, & inuocabat *consuetudinem* aurigarum, qui sæpius, caupone absente, ex horreo frumentario pabulum sumere solerent. Respondebatur: aurigam ex eo, quod absente caupone pabulum sumserit, furti non teneri, neque ex hoc solo, nisi alia indicia accesserint, de furto maiori, quod caupo postea passus erat, ita suspectum esse, ut duriori remedio eruendæ veritatis locus dari possit.

Nimirum multa erant, quæ aurigam prorsus excusare videbantur. Caupo ipse fatebatur, famam aurigæ nulla unquam macula contaminatam esse, illumque per multos annos singulis mensibus aliquoties, in caupona, hospitio usum, & familiariter atque honeste versatum esse: testes, iurisiurandi fide obstricti, affirmauerant, hanc esse consuetudinem aurigarum, ut, absente caupone, ipsi pabulum sumerent, & postea reuersi, rationibus subductis, pretium & mercedem persoluerent, & si hoc accidisset, nunquam cauponem indignatum esse: porro apparebat, quod res moram non admiserit, cum equi iusto tempore pascendi fuerint & profectio differri non potuerit, ut iure honestæ familiaritatis auriga defendi posse videretur. Neque vero ex honesto facto potuerat suspicio enasci maioris furti, quod caupo post aliquot dies in alio conclaui passus erat. Neque ex stabulo aut horreo ad conclaue illud facile perueniri poterat, & omnia palam circa meridiem administrata erant ab auriga. Neque obstabat, quod articulo XXV. *ordinationis criminalis Carol.* furti suspicio in illos confertur, qui in loco, ubi delictum perpetratum est, versati esse intelligantur. Carolus V. enim locum *suspectum* desiderat, daß die verdächtige Person an gefährlichen Orten zu der That verdächtig gefunden oder betreten würde. Sed tempus furti commissi incertum erat, neque auriga accesserat ad illam partem cauponæ, in qua furtum maius factum erat, & honestissimam causam habuerat versandi in caupona.

Intelligis igitur, quid desideremus, ut omnino profit familiaritatis excusatio in contrectatione rei alienæ ad omnem poenam & suspensionem euandam. In primis enim *multo usu & longa consuetudine* confirmata sit amicitia oportet, ut iudicari possit, amicum nobis rerum suarum usum permisurum esse. Hoc est, quod *PAVLLVS* ait, non omnes amicos habendos esse.

esse, qui leui notitia coniecti sint, sed quibus sint *iura* cum patre familias *honestis familiaritatis rationibus* quæsitæ, *l. 223. D. de verb. signif.* At vero probe cogitandum est, quod sæpius monui, *paucos* omnino gloriari posse de illo gradu familiaritatis. Hoc enim iure nos VII VLP IANVS ait, ut furti actionem non omnibus amicis & familiaribus omnino remittamus. Certe concubina, quamvis familiarissime cum patre familias vixerit, tamen, si aliquid surripuerit, tenetur furti actione; cum non satis *honestis* rationibus quæsiuerit familiaritatem *l. 17. pr. D. de act. rer. amot.* Multo facilius *parentem* audiemus, qui bona filii emancipati contrectauerit, hac usus excusatione, quod *crediderit*, filium consensurum esse. Liberalissime etiam tractamus illam, quæ quondam uxor fuit, & diuortii causa aliquid surripuit, quia, si NERVÆ & CASSIO fides est, societas vitæ illam quodammodo dominam rerum maritalium fecit, & memoria honestissimæ familiaritatis persuadet, non ita difficulter maritum fuisse consensurum, *l. 1. D. de act. rer. amot.* quod etiam Carolus V. videtur probauisse *ord. crim. Carol. art. CLXV.* Imo vero generaliter *furta domestica*, etiam quæ a libertis vel mercenariis facta sint, si *viliora* fuerint, auctore MARCELLO, publice non vindicantur, neque accusatio illa admittitur. *l. 11. §. 1. D. de poen.* Hoc enim summam rationem habet, cum *viliora* illa paterfamilias, cui bene cum libertis & mercenariis conuenit, non facile negaturus aut recusaturus fuisse videatur. Sed castigandi sunt tamen mercenarii, si dominus prohibuerit, aut iure provinciali aliud sit constitutum.

Itaque apparet, in *summa familiaritate* & consuetudine consensum amici facilius præsumi. Audent aliquando etiam *vicini* hoc sibi sumere, ut, propter periculorum communionem & mutui auxilii indigentiam, quasi in arctiorem familiaritatem admissi, aliquid sibi licere credant in rebus vicini contrectandis. Haud ita pridem ICtis Vitembergensibus proponebatur *vicinus* quidam iudicandus, qui noctu ad currum vicini accesserat, catenas, ferramenta & alia vecturæ instrumenta aliquoties abstulerat, neque ad usus proprios immediate conuerterat, sed vendiderat catenas atque ferramenta, & pecunias redactas non solum retinuerat, sed interpellatus etiam negauerat, se res vicini abstulisse, tandem deprehensus & conuictus, se, aiebat, *iure familiaritatis* usum esse, & *credidisse*, dominum facile permissurum, certe non ægrius laturum esse. Nihil vicino illo impudentius cogitari potest. Inprimis cum *reticuerit* & negauerit contrectationem, ut deinceps ostendemus. Nemo sanus crediderit, dominum, qui ipse currus sui instrumentis carere non possit, permissurum fuisse, ut vicinus, qui illorum non indigeret, illa auferret familiariter, & lucri causa venderet atque interuerteret cum magno incommodo vicini. Igitur furti damnavimus vicinum.

Ceteroquin vicinia non nunquam parit præsumptionem aliquam familiaritatis, præcipue in pagis atque inter illos, qui se reges habitant, neque facultatem eligendi habent, sed ipsa necessitate coniunguntur. Nimirum, si P. TERENTIO credimus, *vicinitas inpropinqua parte amicitiae* est, ^{b)} aut certe proxima videtur via ad amicitiam & familiaritatem, cum CATO etiam patrifamilias præcipiat, ut in amicitiam pertrahat *vicinos*. ^{c)} Habet igitur aditum vicinus ad familiaritatem, in primis si bene nobis cum ipso conveniat & gratus sit conuiua vicinus, quod HORATIVUS FLACCUS desiderat. ^{d)} At vero hoc non est perpetuum. Aliquando enim

— — — — — omnes
Vicini oderunt, noti, pueri atque puellae. ^{e)}

Sæpius ratio dignitatis, moresque viuendi, & conditio discreta, *segregat* vicinos, & arcet a familiaritate, in primis si sit copia aliorum ciuium, ex quibus liceat iudicio eligere amicos. Apud quasdam tamen gentes sanctius est ius vicinitatis, ut olim apud Sueuos fuit, qui agrum etiam vicini absentis diligentius colebant, & in omnibus vicini possessionibus familiariter versabantur. ^{f)} De plerisque etiam Germanorum populis TACITVS testatur, illos effusissimos fuisse omni genere liberalitatis in vicinis hospitio excipientis, ut hospites etiam vicinorum notos ignotosque sine discrimine admitterent, & abeuntes muneribus onerarent, nihil poscentibus negarent. ^{g)} Sed hæc omnia longissime recedunt a Romanorum moribus, qui socium socii nunquam in societatem admiserunt. *l. 19. D pro socio.*

Dicemus igitur, *ius vicinitatis* tunc demum parere præsumptionem familiaritatis & consensus, si dignitatis ratio non prohibeat familiaritatem, si vitæ usus ac consuetudo accedat, si mores gentis atque regionis multum tribuant vicino. Eandem rationem sequimur in illis iudicandis, qui *compatrum* iure, durch Gevatterschaften, nobiscum coniunguntur. Hos enim pontificum præcepta, quasi cognationis spiritalis iure nos attingerent, nobis coniunctos esse omnino voluerunt. Neque vero dissimulandum est, in quibusdam pagis Germaniæ magni momenti esse *ius compaternitatis*, cum patres non nisi coniunctissimos eligant & semel electos per totam vitam retineant, ut, quoties pater liberos susceperit, iidem compatres semper eodem officio fungantur. Interdum etiam ius compaternitatis vincere videtur naturales necessitudines, ut fratres & sorores arctius nobis coniungi censeantur, si ius compaternitatis cum ipsis fuerit communicatum. At vero in laxioribus ciuitatibus, ubi amicitiae latius sparguntur, sæpe inuiti, & ne facie quidem cogniti, officio compatrum subinde onerantur. His igitur nulla, præter curam sobolis promissam, cum compatribus necessitudo est,

^{b)} TERENT. heaut. act. I. scen. I. vers. 4. 5.

hist. nat. 6.

vers. 84. 85.

Germ. c. 21.

^{d)} HORAT. II. serm. 2. vers. 119.

^{f)} CAES. III. de bell. Gall. I.

^{c)} CATO apud PLIN. XVIII.

^{e)} HORAT. II. serm. I.

^{g)} TACIT. de mor.

est, nisi æqualitas conditionis aut vitæ vsus atque consuetudo pepererit familiaritatem.

§. III.

Ex consuetudine igitur, vitæque vsu & coniunctione, *præsumitur do-* *Ex amici-*
mini consensus, ut rebus eius familiariter utamur. Neque tamen in veris *tia præteri-*
 etiam familiaribus, sine omni cautione, hoc admittendum est, sed *ta & muta-*
 prospiciendum, ne quis amicitiae fines notissimos egrediatur. Præter illas enim *ta non præ-*
 leges amicitiae, quas antea adduximus, porro cogitandum est, *sumitur con-*
 utrum *duret* sensus; qui
 adhuc amicitia, cuius obtentu rebus amici vteris, non secus ac tuis. *prohibente*
 Ridiculum enim est, ex illa, quæ quondam fuit, amicitia argumentum ducere, *amico ali-*
 & postquam utriusque rationes mutatae sunt, *quid audeat*
 præsumere illius quondam *in dolo est.*
 amici liberalissimum consensum. Sæpius, quod M. TULLIVS observat, *Dominus non*
 in locum amicitiae prioris, si qua gravis offensio exarserit, *creditur con-*
odum succedit; *sentire ut in-*
 quamvis satius fuerit, dare aliquid memoriae veteris amicitiae, & quamvis, *solita fiant.*
 si nimis implicati fuerimus, amicitias non in medio cursu frangere, *b) sed Eodem iure*
 illas extinguere potius aut dissuere, quam opprimere & dissecare, *i) debeat utimur in*
 mus. Certe etiam societates, etsi vero & expresso consensu initae, interdum *negotiorum*
 libere omnino reuocantur, *l. 4. §. 1. D. pro socio*, & priuatae amicitiae re- *gestione, de-*
 nunciatione efficaciter tolluntur, inprimis, si quem domo & penatibus no- *posito &*
 stris exire & ab illis abstinere iubeamus. *k)* *commodato.*

Quid igitur faciemus, si amicus iam sit aduersarius & inimicus, si mo- *Amicitia ve-*
 res & vitæ conditio nos seiunxerint, ut nihil commune habeamus. Res ipsa *recundiam*
 loquitur, nihil prodesse allegationem veteris amicitiae, si res quondam ami- *desiderat.*
 ci contrectaueris, cum quo nunc inimicitias exerces. *Dolus poe-*
nam ordina-

Eadem fere etiam de his dicenda sunt, qui ad familiaritatem *primæ* *arbitrariam*
 ætatis prouocant, ut impudentem & immodestam licentiam excusent. Enim *parit. Lasso*
 vero in prima ætate magis corpora, quam animi, sociantur, vsus vitæ, mo- *damnum re-*
 res atque consuetudo, facultates animi & patrimonii, postea mutantur, ut *parandum est.*
 nihil supersit, ex quo illius præsumere consensum possis, cuius familiaritate *Immodestia*
 in pueritia vsus fueris, & cuius omnes rationes iam multum distant ab illis, *reprehensio-*
 quæ in pueritia fuerunt. Plerumque illae amicitiae, quod *ne coercetur.*
scipio dicere
 solebat, cum ipsa prætexta ponuntur atque permutantur. *l)* Certe inep-
 tum esset, opificem aut militem gregarium post longum temporis interual-
 lum ad centurionem vel præfectum militum, cum quo in pueritia aliquando
 pila vel lapillis luserit, *familiariter* accedere & sponte ad prandium venire,
 & non inuitatum, quasi veteris familiaritatis iure, inter conuiuas assidere.

Multo grauius labuntur, qui attingunt res amici, quamvis *prohibuerit*
 amicus, ne res ipsius temere contrectent. Ipsa enim prohibitio consensus
 præ-

b) c. i. c. de amicis, cap. 27. in fin.
 annal. 70.

i) Idem eodem cap. 21.

k) TACIT. II.

l) c. i. c. de amicis, cap. 10.

præsumptionem, quæ ex iure familiaritatis oritur, excludit & declarat, ius familiaritatis eo non extendi, ut liceat nobis res amici contrectare. Luculenter IUSTINIANVS EX SALVII IULIANI sententia præcipit, ne quidem negotiorum gestorum actionem dandam esse illi, qui *prohibentis* negotia gesserit, cum tota negotiorum gestio ad leges amicitiae & familiaritatis accommodata esse videatur. *l. 24. C. de negotiis gest.* Ex eodem fonte deducitur, quod etiam in *deposito*, si res duntaxat *custodienda* amico data sit, illius contrectatio dolosa furti actionem parere dicatur, cum ipsa commendatio, quæ custodiam causa fieri solet, contineat *prohibitionem*, ne depositarius re deposita utatur, *l. 3. C. deposit.* Neque enim videbitur rem custodire, qui illam suis usibus adhibet & deinde usu depravatam ac deteriorem restituit amico. Vnam enim speciem duntaxat excipiunt ALFENVS, NERVA, PROCVLVS & PAPINIANVS, ut attingere depositum liceat, si vel expresse permiserit dominus, ut rebus depositis utaris, vel ex ipsa natura negotii elucescat, dominum, qui rem custodiendam dedit, facile permissurum esse, ut res depositæ attingerentur, modo tantundem a depositario restituatur *l. 31. D. locat. conduct. l. 9. §. 9. D. de reb. cred. l. 24. D. depos.* Ex his enim legibus vulgo interpretes *depositum irregulare*, quod notissimos depositi terminos egreditur, deducunt, ut depositario liceat res amici apud se depositas interdum contrectare ex tacito vel *præsumto domini consensu*. Nimirum, si res fungibilis, maxime pecunia, neque clausa neque obsignata, depositario hac lege adnumerata fuerit, ut reposcenti, quodcumque libuerit, confestim restitueretur; aiunt non inter esse deponentis, utrum eadem corpora, an alia eiusdem generis & bonitatis domino reddantur, ideoque credi posse, quod dominus permissurus sit, ut depositarius interim res depositas fungibiles contrectet.

Ex his igitur, quæ adhuc disputata sunt, apparet, tunc demum res amici iure familiaritatis recte contrectari, si ex iusta causa existimari possit, dominum consensurum esse, ut rebus eius non secus ac nostris uteremur. Quæ cum ita sint, *iure familiaritatis* excusari non possunt qui, cum res amici contrectauerint, atque aliquam ex illis utilitatem perceperint, *reticent & celant* atque *occultant* lucrum illud, quod ad ipsos peruenerit, aut interrogati *negant*, se res amici attigisse. Hi enim prorsus deserunt officium amicitiae & virtutis; cum viris bonis nihil sit molestius, quam si necessitate aliqua cogantur, amicis suis molesti esse, ideoque, ubi rebus amicorum suorum usi sunt, quiescere non possunt, sed properant & deprecantur, & diligentissime gratiam se relaturos esse, ostendunt. Neque enim, si M. TVLLIVM audias, ^{m)} remuneratione benevolentiae & vicissitudine studiorum officiorumque aliquid iucundius esse potest. Igitur illi, qui *reticent & occultant* lucrum illud, quod ex rebus amici, hoc ignorante, per-

ce.

^{m)} c. i. c. de am. c. 14.

ceperunt, ipsa occultatione satis produnt fraudis consilium, & ostendunt, *se desperasse de domini consensu*, cui nihil occultassent, si credidissent, illum facile permissurum fuisse rerum suarum contrectationem. Opportune PAVLLVS illud in depositario observavit, ut, si rem depositam attigerit, atque intercipiendi animo *abnegauerit* aut *occultauerit* depositum, depositarius etiam furti teneatur. *l. 1. §. 2. D. de furt.* Non minus eleganter VLPPIANVS hoc ad omnes socios & amicos extendit, & socium, qui per *fallaciam* rem socii, aut communem, *celandi animo* contrectauerit, furti actione efficaciter pulsari posse, ait. *l. 45. & 51. pr. D. pro soc.* Itaque ex his causis iustissime damnavimus vicinum illum, qui ferramenta & catenas ex curru vicini abstulerat & vendiderat, & non solum dissimulauerat, hoc a se factum esse, sed etiam negauerat interrogatus. Hic enim furtum fecisse iudicandus fuit, ut supra a nobis observatum est.

Igitur, sperari & præsumi possit consensus domini, oportet, si quis *iure familiaritatis* excusare velit contrectationem rei alienæ. Ex qua re porro facile intelligitur, frustra illum ius familiaritatis inuocare, qui aliquid *insoliti* ausus fuerit, atque ultra amici *consuetudinem* temere & prodigaliter abusus fuerit rebus & copiis amici. Ex consuetudine enim domini consensus eius præsumi & iudicari debet. Certe PROCVLVS & POMPONIVS in negotiorum gestore non ferendum esse credunt, si, nomine *amici* sui, *nouum* aliquod negotium susceperit, quod non *solitus* sit facere amicus, quandoquidem non fingi aut præsumi possit, amicum absentem consensurum esse, ut nomine ipsius quædam *insolita* suscipiantur. *l. 11. pr. D. de negot. gest.* Hanc rationem etiam VLPPIANVS in S^Cti Macedoniani interpretatione sequitur, ut creditor, qui filiofamilias, studiorum causa mutuum petenti, pecuniam dederit, tunc demum illam possit a patre repetere, si eam quantitatem dederit filio, quam ipse pater *solebat* filio subministrare. Tunc enim, quasi ex præsumpta patris voluntate, filio censebitur mutuum dedisse. *l. 7. §. 13. D. ad S^Ctum Maced.* Vides ad officium amici pertinere, ut sequatur consuetudinem amici sui & nihil insoliti faciat, si rebus amici, quasi ex domini consensu, non secus uti velit ac suis. Damnavimus aliquando hospitem, qui a caupone frugali & parco semel ad convivium inuitatus, postea, eo absente, hospitii & familiaritatis iure in eius fundum ingressus, cauponis servulos iusserat, ut vinum pretiosius & annosum, quod ipse dominus non, nisi ad summas necessitates, reservare solitus fuerat, sibi copiosius adponerent; profecto ille reprehensionem non effugere, neque præsumto consensu aut iure familiaritatis excusari, poterat, cum illud molitus sit contra luculentam amici voluntatem. Recte igitur a nobis iussus est, pretium solvere, & damnum domino sarcire. Hanc amicorum impudentiam M. TVLLIVS CICERO notavit, & non tolerandum esse docuit, si quis ex rebus amici ea sibi posceret, quæ

non pateretur a se ipso impetrari. ⁿ⁾ Debemus enim rebus amicorum non solum uti, ut nostris, sed illis etiam *parcere ut nostris*, quod C. PLINIUS SECUNDUS ait. ^{o)} Quapropter, qui non *modeste* habent amicitiam, ^{p)} neque cogitant, quid sibi honestum sit accipere, ^{q)} sed verecundiam tollunt ex amicitia, familiaritatis excusatione non satis defenduntur, cum sanctissimo amicitiae nomine, turpissime & cum summo dedecore, pessimo exemplo abutantur.

Intelligis, non audiendos esse amicos, qui præter consuetudinem aliquid insoliti postulant & sibi sumunt ex rebus amicorum. Enim vero morem & modum *probabilem* desiderant VLPIANUS atque ALEXANDER in amicorum negotiis administrandis, qui ex ipsa amicorum consuetudine intelligatur *l. 1. §. 13. D. ad SCtum Maced. & l. 11. C. de negot. gest.* Hæc est *probabilis illa ratio*, qua sumtus in amicorum rebus faciendos esse POMPONIUS præcepit *l. 3. §. 7. de negot. gest.*

Itaque cum ex *consuetudine* probabilem amici consensum eruamus, res *insolitæ*, & quæ magni præiudicii sunt, non permissæ censentur in rebus amicorum. Hoc diligentissime observatum est in *mandati præsumti* finibus constituendis. Quamvis enim quibusdam personis *coniunctis* propter summam vitæ consuetudinem permissum sit, sine mandato negotia familiarium suorum, quasi ex *præsumto* illorum *mandato*, suscipere & administrare; *l. 35. pr. D. de procurat.* tamen providenter cautum est, ne mandati præsumti titulus ad illa negotia extendatur, quæ cum magno præiudicio coniuncta sint, ut vix credi possit, dominum illa suscepturum esse. Hæc enim, ne quidem a personis familiarissimis & maxime necessariis, quamvis de *rato* cauere velint, sine speciali domini mandato efficaciter suscipiuntur. *Ord. proc. rec. Sax. tit. 7. §. 3.*

Accepisti varias & omnino diuersas species, in quibus color amicitiae & familiaritatis interdum prorsus excusare visus est illum, qui res alienas contrectauerat, interdum vero non sufficit ad reum absoluendum. Cum enim gradus familiaritatis ex usu & consuetudine singulorum inprimis aestimandus sit; difficile est, omnia in unum colligere, & certa regula rem totam definire. Ne tamen res in ambiguo relicta videatur, tentabimus, an possit certi aliquid constitui in delictis amicorum iudicandis. Nimirum, si quis res amici contrectauerit, *duæ* quæstiones expediendæ sunt. *Alteræ*, utrum ille, qui contrectauit rem alienam, *crediderit*, dominum consensurum esse, *altera*, utrum *iustam causam* habuerit existimandi, quod dominus permissurus fuisset rerum suarum contrectationem. Sed videamus de *prima* quæstione. Scilicet *probandum* est, quod amicus *putauerit*, do-

mi-

ⁿ⁾ c. i. c. de am. c. 20. & 22.
nal. 7. & XV. annal. 2.

^{o)} PLIN. VI. ep. 28.

^{p)} TACIT. VI. an-

^{q)} TACIT. XIV. annal. 54. & PLIN. VII. ep. 14.

minum consensurum esse. *Ord. crim. Carol. art. CLI.* Sed opinionem suam, quæ intra animum cuiusquæ occultatur, probabit ex *coniecturis*. *l. 17. D. de his, quæ in fraudem credit.* Coniecturæ autem ex usu & consuetudine domini, ex gradu familiaritatis, ex calliditate vel simplicitate contrectantis, desumendæ sunt, ut intelligamus, an *possibile* sit, quod ipse putauerit, dominum consensurum esse. Hæ coniecturæ, si etiam credibiles fuerint, efficient, ut amicus dolo absoluator, & poena furti liberetur, ut supra in exemplo aurigæ comprobauimus. Sin vero *dubiæ* & tantum possibiles sint coniecturæ, remedio eruendæ veritatis locum dabimus, etiam tormentis, si res *magni pretii* contrectatæ sint, aut damnum insigne datum fuerit, & reus magna suspicione fraudis oneretur. Sin vero res exigua subtracta sit, & quaedam indicia innocentiae appareant, reus *iuramento* affirmare iubebitur, quod crediderit, dominum consensurum esse, daß sein gebrauchter Vorwand, als hätte er gewiß geglaubt, daß der Eigenthümer, wenn er gegenwärtig gewesen, ihm solches gestattet haben würde, nicht falsch und erdichtet. Denique, si prorsus nulla adsit coniectura, sed manifeste appareat, excusationem familiaritatis per *calumniam* a reo allegari, ut puta, si rem prohibentis attigerit, si rem insolitam ausus fuerit, si furtum celauerit aut negauerit, si solo vicinitatis aut compaternitatis iure se defendat, plerumque non audiendus est, sed statim, de dolosa contrectatione rei alienae conuictus, furti poena consueta, pro magnitudine pretii & conditione rerum atque personarum, merito afficietur.

Habes primam quaestionem. In hac si probatum fuerit, quod reus sine dolo malo *crediderit*, dominum consensurum esse, iam succedet *altera* quaestio, an non *culpæ reus* sit, qui res alienas contrectauit, & an *iustam* causam habuerit existimandi, quod dominus hoc fuisset permissurus. *l. 76. pr. D. de furt.* Sed haec quaestio subtilior est, & ex gradu familiaritatis & facultatibus amici imprimis aestimatur. Quod si igitur appareat, sine dolo malo deceptum esse simplicem amicum, sed tamen modum probabilem non obseruasse & plus iusto sibi indulgisse, cessante furti poena, ex lege Aquilia, vel si in contractu hoc admissum fuerit, actione ex contractu, pro gradu negligentiae, conuenietur ad damnum sarcendum; praeterea etiam, si res mali exempli fuerit, *poena extraordinaria*, arbitrio iudicis, afficietur. Extremo, si habuit quidem iustam opinionis suae causam, sed *inuerecunde* tamen atque *immodeste* in rebus amici versatus sit, damno restituto, verbis castigabitur, & iudiciali reprehensione, durch einen Verweis subinde compescetur.

§ V. Non solum ad *rerum communitem*, de qua adhuc copiosius egimus, Verhorum amicos admittere solemus, sed etiam ad *alloqui* licentiam, r) & *sermonis* honores remittuntur in mutui familiaritatem. Pro diuerso enim gradu amicitiae & consuetudinis plerisque ita amicitis.

Actio iniu. ita cum amicis loquimur, ac si nobiscum ipsi loqueremur. Certe C. PLINIVS SECUNDVS Seuero suo ex hac causa se excusat. Non aliter enim, a quo & homo est nec facile praesumitur animus contumelia afficiendi. Quidam omnibus familiaris sunt. Discrimen rusticitatis & familiaritatis.

Actio iniu. ita cum amicis loquimur, ac si nobiscum ipsi loqueremur. Certe C. PLINIVS SECUNDVS Seuero suo ex hac causa se excusat. Non aliter enim, a quo & homo est nec facile praesumitur animus contumelia afficiendi. Quidam omnibus familiaris sunt. Discrimen rusticitatis & familiaritatis.

Familiares igitur verborum honoribus & honorifica oratione parcius utuntur, ut solutiore & remissiore animo, & cum maiori fructu incunditatis, inter se versari possint. Ita M. TULLIVS excusat illa, quae *soluti animo familiariter* scribuntur, hoc est, quae aperte & confidenter sine coloribus & dissimulatione, sine ambagibus & circuitu, libere in sinum amici effunduntur. 1) C. PLINIVS SECUNDVS, quem saepius appello, quia diligentissimus fuit in colendis amicitiiis, gloriatur de amico, quem ipse *inspexerit* penitus, & qui nihil ab ipso secretum habuerit, non triste, non laetum, non serium, non *ioculare*. 2)

Igitur solutius amici *iocis* atque etiam nuda veritate inter se familiariter utuntur pro gradu consuetudinis, si certo intelligant, quid alter ferre & pati possit sine ullo suo incommodo & detrimento. Sed dici non potest, quam facile in hac licentia familiaris alloqui, non solum in communibus amicitiiis, verum etiam ab ipsis sapientibus, subinde delinquatur. Quidam enim etiam *ignotos*, vel *leui* tantum *notitia* coniunctos, quos nondum penitus perspexerunt, familiariter & magna licentia compellant. Hi vero ebrii & importuni & rustici videntur. Apposite enim ille apud PLAVTVM; 3)

*Certo haec mulier aut insana aut ebria est Messenio
Quae hominem ignotum compellet me tam familiariter.*

Multum discriminis interest inter remissionem honorum, quae iure familiaritatis obtinet, & *immodestam impudentiam* ac rusticitatem. Haec enim, quamvis interdum a dolo excuset, l. 2. §. 1. D. qui in ius voc. non ier. tamen vere molesta est, & animum amici aliquo incommodo perturbat. Sed in familiaritate, quamvis inanibus verborum lenociniis parcamus, amicum tamen modeste 4) & verecunde 5) colimus, & diligenter cauemus, ne quare incauti offendamus animum amici. Plerumque igitur, qui inuerecunde & nimis familiariter alios tractauerunt, si purgetur dolus, neque appareat animus contumelia afficiendi, reprehensione tamen coercentur, es ist ihnen ihr ungebührliches Bezeigen billig zu verweisen.

Ma-

1) PLIN. V. epist. 1. in fin.

2) PLIN. IV. epist. 17.

3) TACIT. VI. annal. 7.

4) CIC. in epist. ad Attic. IX. epist. 4.

5) PLAVT. menachm. act. scen. 3. vers 22. 23.

6) CIC. de amic. c. 22.

Magis & grauius offendunt; qui, a *superioribus* & potentioribus ad consuetudinem & familiaritatem aliquam admissi, illa rustice & inconsulte abutuntur. Quamuis enim superiores aliquando se exæquare soleant cum inferioribus amicis, ²⁾ & supercilium remittant, & interdum etiam iocos non iniquo animo audiant, & malint remissius versari cum amicis; tamen comiter coli cupiunt subinde, certe nolunt se in *contemptum* aliorum atque in infamiam adduci. Sed pertineret ad *contemptum* hominis, in dignitate constituti, si a *vilioribus* personis in *conspectu aliorum*, aut in publica solennitate, aut cum officio honorifico fungitur, familiaris exciperetur. Multa ferre possumus, si *soli* simus, arbitris remotis, quæ intolerabilia fierent in foro & si in publico versemur. Hoc LABEO intellexit, qui l. 7. §. 8. *D. de iniur.* atrociorē & contumeliosiorē iniuriā appellat, quæ dignitate personæ & circumstantia temporis inprimis augeatur: ut, si quis magistratum, vel alium superiorem, in *conspectu aliorum* durius & negligentius tractaret. Multum enim interesse ait, utrum in *solitudine*, an in *conspectu aliorum*, contumeliosius excipiamur d. l. 7. §. 8. *D. de iniur.*

Plerique etiam in veris amicitiiis modum tenere nesciunt, & licentia sibi concessa incontinentius utuntur. Etiam obiurgare amicos possumus, sed ut obiurgatio contumelia careat & acerbitate. ^{a)} In his autem familiaritatibus, si qua *minus verecunde* ab amico facta sint, dandum est aliquid veteri amicitiae, &, quæ intolerabilia non videntur, ferenda sunt, ut veritas & fides in amicitia retineatur. ^{b)} Itaque non facile contumeliosa iniuriarum actio contra amicum, qui nobis familiariter coniunctus fuerit, instituetur. Opportune enim VLP IANVS docet, ex *bono & æquo* introductam esse iniuriarum actionem l. 11. §. 1. *D. de iniur.* Sed *æquitas illa* non videtur admittere, ut omnes offensiones amicorum acerbè vindicemus. l. 3. §. 3. *D. de iniur.* Quapropter etiam *dissimulatione* aboletur hæc actio, si quis non statim ad animum reuocauerit, sed dereliquerit iniuriā, illamque quasi familiaritatis iure sibi illatam remiserit amico. d. l. 11. §. 1. *D. de iniur.* Interim, qui *seuerioribus* amicis, quos TACITVS appellat, ^{c)} petulanter & impudentius insultant, vel multa vel reprehensione a magistratu compescuntur.

Illud tamen negari non potest, minus peccare familiares illos, quos ipsi facilitate nostra corrupimus, atque, dum saepius iniuriā ab illis æquo animo passi sumus, tandem illos seduximus, ut crediderint, ipsorum licentiam nobis non ingrata esse. Vnum excipio, si atrocior fuerit iniuria, atque ipsi naturali honestati aduersetur. Hæc enim nulla consuetudine excusari potest. Recordor *nepotis* cuiusdam, qui, cum *auiam* turpissimis & ignominiosis nominibus appellasset, hac sola excusatione vtebatur, quod *auia* saepius subridens sine indignatione passa sit, se a filio suo iisdem nominibus con-

²⁾ c. 1. c. de amicit. cap. 20.
ibid.

^{a)} c. 1. c. de amicit. c. 21. & 24.

^{b)} c. 1. c.

^{c)} TACIT. XIII. annal. 12.

meliosis appellari. Sed in hunc nepotem grauius animaduertendum esse duximus. Ipsum enim naturalis reuerentiae officium prohibere debuerat nepotem, ne auiam, quamuis supinam & negligentem, indignius haberet. *l. 3. §. 2. D. de iniur.*

Hoc quidem iure utimur, si *iniuriæ* in veris amicitiiis & necessitudinibus interuenerint, quas, nisi intolerabilis quædam offensio exarserit, facilius dissimulamus. Illud autem ferri propemodum non potest, quod nonnulli, quasi communes quidam parasi, in omnium familiaritatem se ingerunt, omnes familiariter attrectant, quod *PLAUTVS* ait, *d)* cum omnibus, quos nunquam antea viderunt, liberrime iocantur. In nobili quodam Germaniæ emporio mercator aliquis hanc sibi ipsi consuetudinem sumferat, ut omnes, qui emendi causa veniebant, puellas quoque & matronas, quamuis tunc primum illos oculis cerneret, *lepidas, venustas, nebulones*, imo *fures*, & *latrunculos* subinde appellaret, *e)* & manibus etiam genas, quasi per familiarem iocum, permulceret. Matrona quædam idem ab illo mercatore passa, & moris rustici ignara atque impatiens, de facta iniuria conquerebatur. Magistratus, quia notissimum erat, hunc mercatorem, tantum non mente captum, quasi ebrium & stupidum cum omnibus illiberaliter iocari, de dolo quidem eum non teneri censuit, sed propter intolerabilem immodestiam multa coercuit, illumque iussit, animum honestissimæ matronæ *honoris declaratione*, mit einer Ehrenerklärung, in iudicio placare, addita comminatione, si pergeret ita in posterum nugari, magistratum illud seuerius vindicaturum esse. Post illam prohibitionem igitur, nemo dubitat, quin actione iniuriarum pulsari potuerit, ob dolosam & contumacem consuetudinem contumeliosissimæ familiaritatis.

§. VI.

Amicitia non debet esse societas delictorum. Quorundam familiaritates prohibita sunt & excusationem non pariunt. delicta amicorum causa commissæ non excu- C. Blossius, qui cum Graccho consenserat, a Lælio interrogatus, *familiaritatis excusatione* utebatur, & lege amicitiae se adductum esse dicebat, ut Gracchi consiliis obtemperaret. Cum instaret Lælius, utrum etiam templo Iouis faces subditurus fuisset, si Gracchus imperasset, tandem libere confessus est: se etiam hoc facturum fuisse, si Gracchus annuisset. Sed merito damnatus est, quia ex confessione eius apparuit, ipsum sceleris societatem cum Graccho iniuisse. *f)* Sapienter enim M. TULLIUS præcepit, amicitiam virtutis adiutricem esse, ut perfectiores simus, non *vitiorum comitem*, ut cum aliis impune delinquamus. *g)* Certe hic error turpissimus videtur, in amicitia libidinum peccatorumque omnium licentiam patere. *h)* Imo verò illa facinorosorum coniuratio est, non familiaritas, neque amicitia, si qui

d) *PLAUT.* rudent. act. 2 scen. 4. vers. 6.

e) *PLAUT.* rudent. act. scen. 4.

vers. 6.

f) *VALER.* Max. lib. IV. c. 7. n. 4. interm.

g) *CIC.* de

amicit. c. 22.

h) *CIC.* ibid.

quidam inter se societatem hac lege iniuerint, ut collatis consiliis ac studiis ^{santur.} perpetuo conspirent. Periculosum & pessimum exemplo est illud obsequium quod peccatis indulgens præcipitem amicum ferri finit; ^{Quædam de-} ^{lieta graui-} ^{us puniuntur} ^{ob familia-} ^{ritatem.} i) tantum abest, ut quis se comitem amico possit adiungere in delictis perpetrandis. Nimirum etiam improbi oderunt solitudinem, ideoque socios & amicos quæ-
runt, cum quibus destinata perficiant, & quorum ope consilium improbitatis tueantur. k) Sed hæc improborum gratia non solum plerumque infida est; quod PLINIVS l) obseruat, verum etiam facinorosa. Igitur hæc familiaritatis & seductionis excusatio non solum non minuit delicti poenam, sed etiam efficit interdum, ut poena delicti, propter plurium conspirationem, augeatur. Certe furtum, a pluribus cum violentia commissum, grauissime & ultimo supplicio punimus, ex iustissima legis Saxonicae seueritate. m) Liberi interdum poenae temperamentum petunt, si a parentibus seducti sint, ut celent atque reticeant facinora parentum. At vero naturalis obsequii quaedam quasi necessitas in nonnullis quidem causis efficit, ut liberi, maxime si infirmæ ætatis sint, miseratione non prorsus indigni videantur; sed, qui societatem delicti cum parentibus inierunt, obsequii titulo non satis excusantur. l. 9. D. de obsequiis parent. & patron. præst. l. 2. C, qui & aduersus quos in integrum restit. Ceterum recte POMPONIUS & ULPIANVS, nullam esse maleficii societatem, aiunt, neque permittunt, ut illa, quæ socius ex furto & rapinis lucratus sit, in societatem conferantur l. 53. & 57. D. pro socio.

Sæpissime tamen in delictis carnis excusandis advocati in familiaritate complicitis causam defensionis quaerunt, & reum a complice seductum ac deceptum esse, aiunt, ut consenserit in societatem turpissimi delicti. Sed hi quidem sanctissimo amicitiae nomine inuerecunde abutuntur, & nisi alia & magna quaedam causa accesserit, frustra mitigationem poenae promeritæ expectant. Resistere enim familiaribus suis, indigna postulantibus, & repugnare debuissent, ne familiaris coniunctio occasionem impudicitiae pareret pessimo exemplo. n) Certe confestim fugienda est illa familiaritas, ex qua turpitudinem aliquam metuimus. Sapienter D. HADRIANVS mulierum & virorum balnea secreuit & parietibus seiunxit, ne turpis familiaritas animos corrumpere. o) Neque apud Germanos toleratur illa licentia, quam CAESAR p) in priscis Germanis improbauit, ut feminae ac mares promiscue in fluminibus perluantur.

Vi-

i) CIC. de amicis. cap. 24.

k) CIC. de amicis. cap. 23. in fin. & c. 21. in fin.

l) PLIN. I. epist. 5. in fin.

m) Mandat von geschwinde Exequirung der Diebe und Räuber. an. 1719. §. Wir ordnen und beschlen auch ic.

n) VALERIVS Maxim. lib. VI. c. 1. n. 12. intern.

o) AELIVS Spartian. in vit. Hadrian. c. 10. Poll. Vitruu. V. 20. & vid. Dempsterus ad Rosini antiq. Rom. L. I.

c. 14. p. 64. CASAVBON. ad Spart. in vit. Hadrian. p. 34. p) IUL. Caesar.

VI. de bell. gall. 21. n. 5.

Videlicet inter quasdam personas etiam prohibita sunt familiaritates, ideoque propriam turpitudinem fateretur, qui excusatione familiaritatis prohibita veniam & poenae mitigationem exorare laboraret. Inprimis tribunis militum omnibusque exercitus ducibus *VEGETIVS*, diligentissimus rei militaris scriptor, hanc legem dictam fuisse, ait: ut auctoritatem maximam seueritate sumant, omnes culpas militares legibus vindicent, nulli errantium ignoscere credantur. *q)* Sed illa seueritas longe abest a soluta licentia & familiaritate. Idem fere generaliter *CALISTRATVS*, ab omnibus, qui alios in potestate habere & auctoritate sua regere ac moderari debent, obseruandum esse, ait, ut in adeundo quidem se faciles praebeant, sed *contemni se non patiantur*, ideoque mandatis adiectum esse, ne praesides prouinciarum in vltiorem familiaritatem provinciales admittant *l. 19. pr. D. de offic. praef.* A superioribus igitur, qui cum inferioribus deliquerunt, nunquam allegari potest excusatio prohibita familiaritatis. Imo vero potius indicium *magnae leuitatis* & abiectissimi animi ex hac prohibita familiaritate nascitur, quae non solum non excusat reos, sed etiam suspicione onerat in omnibus delictis. Hac seueritate usi sunt *ICTI Vitembergenses* in clerico quodam iudicando, qui multis criminibus contaminatus videbatur. Hic inter alia cum milite gregario, parochiani cuiusdam filio, familiarissime vixerat, & aliquando bene potus gloriatus erat, equestri loco se natum esse, sed homicidium dolosum perpetrasse, eiusque occultandi causa nomen sibi mutauisse. Cum miles fabulam magistratui, qui de criminibus illius antea commissis cognoscere iussus erat, renunciasset, reus interrogatus respondebat, se familiariter iocatum esse cum milite & de homicidio mentitum, ut militi imponeret, illumque derideret. Nulla homicidii vestigia extabant, & satis apparebat, reum sibi nomen nunquam mutauisse. Sed *ICTI* iudicarunt, prohibita & solutissimae familiaritatis leuitate augeri suspiciones reliquorum delictorum, ideoque contra pessimae notae hominem *inquisitioni speciali* locum dari posse.

Satis credo intelligis, familiaritatem delicta amicorum communia non excusare, sed si prohibita fuerit, etiam suspectam esse. Magis apud veteres dubitatum est, an non illi excusationem inueniant, qui non cum amicis, sed *pro amicis*, & *propter amicos* defendendos, delicta commiserunt. *VALERIUS MAXIMVS* enarrat illorum plurima exempla, quos pro amicis non puduit omnia audere. *r)* *Ariouistus* ideo *Caesari* se excusat, quod *non sponte* in Galliam venerit, sed *rogatus ab amicis*. *s)* Eadem defensione *Ambiorix* apud *CAESAREM* utebatur, cum castra eius oppugnasset, non suo enim, aiebat, iudicio & voluntate hoc factum esse, sed commune hoc fuisse

q) *VEGETIVS* III. de re milit. c. 10.
c. 7.

r) *VALERIUS MAXIM.* lib. IV.
s) *IUL. Caes. I. de bell. Gall.* 44.

fuisse consilium omnium Gallorum: Gallos Gallis non potuisse auxilium negare, sed hoc officio pietatis se defungi debuisse. ^{t)}

Vides, quid audeant amici, ut referant gratiam, fidemque impleant & præstent. Sed inter priuatos rarissimus est defensionis violentæ usus, postquam priuata bella Germanis prorsus interdicta sunt. Certe generaliter, factum per se & simpliciter prohibitum, quamuis pro amicis susceptum fuerit, non excusatur. Secretarii profecto & officiales collegiorum, qui iurisiurandi fide promiserunt, se decreta ordinis extraneis non renuntiuros esse, illa ne familiaribus quidem renunciare debent. Hoc si ausi fuerint, familiaritatis excusatione poenam periurii non euitabunt. Quanto honorificentius constantiam Papirii senatus collaudauit, a quo ne mater quidem impetrare potuit, ut fidem silentii corrumpere, & de his, quæ in senatu acta erant, ad mulierem referret. ^{u)} Satius est, amicos aliquod incommodum accipere, quam toti reipublicæ malo exemplo & facto prohibito noceri.

Haec habui, quæ de excusatione familiaritatis & amicitiae scriberem. Debuissem adicere, quædam delicta non solum non excusari, sed etiam atrociora videri propter ius familiaritatis. IULIANVS enim docuit, in negotiis, quæ *fide amicitiae* nituntur, propter dolum directo iudicio & suo nomine damnatos *infamia notari*. *l. 1. D. de his, qui notant. infam.* Imperatores certe in familiaribus & magna necessitudine coniunctis *proditionem* ac *delationem*, propter pessimum exemplum perfidiæ, excepto crimine maiestatis, prorsus non ferendam esse censuerunt *l. 20. C. de his, qui accus. non poss. l. 6. C. de delator.* & CAROLVS V. imperator *proditoribus* familiarium & amicorum, so ihre eigene Herrn, Bettgenossen, nahe gesessenen Freunde, verrathen, grauissimum & exasperatum supplicium minatur. *Ord. crim. Carol. art. 124.* Sed hoc argumentum alio loco ^{x)} curati-
us tractaui.

^{t)} IUL. Caes. V. de bell. Gall. 27.

^{u)} MACROB. I. Saturn. 6.

^{x)} vid. PRAESIDIS dissert. de delictis, quibus honestum initium fuit.

LXXVII.
OBSERVATIONES

D E

RETENTIONE HYPOTHECAE
OB NOVVM DEBITVM
NON PERMISSA

AD L. VNIC. C. ETIAM OB CHIROGRAPH. PECVN.

VITEMBERGIAE, AD DIEM DECEMERIS. A. Q. S. P. EST CIOIOCCCL.

L. VN. C. ETIAM OB CHIROGRAPH. PECVN.

Imper. Gordian. A. Festo.

Si in POSSESSIONE fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quæ SINE PIGNORE debetur, eam restituere propter EXCEPTIONEM DOLI MALI non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligauerunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.

§. I.

*Pignus iur-
re gentium
& civili pu-
blico & pri-
uato stricte
interpreta-
mur. Ma-
gnus fauor
pignoris re-
missi. Hypo-
theca minus
fauoris ha-
bet quam
pignus.*

Vere & non imperite, apud T. LIVIVM, 1) Abelox ille, Hispanus, iudicavit, nihil inter bonos accommodatius esse ad fidem obligandam, quam si fidem sponte habeamus: ideoque, cum bene mereri de Romanis & maximo illis emolumento esse vellet, *obsides* Hispanis reddidit, eaque re se effecturum speravit, ut principum Hispanorum amicitia Romanis sanctissimo vinculo obstringeretur. Remitemus enim, inquit, *obsides* in civitates: hoc priuatim parentibus, quorum maximum nomen in civitatibus est suis, & publice populis gratum erit; cum quilibet se liberaliter tractari, sibi que credi, velit in amicitis, non vero se allegari & quasi, pignoribus sponforibusque compeditum, in vinculis haberi.

Odiosa fuerunt pacis & induciarum illa pignora, quæ T. LIVIVS 2) & C. SVETONIVS TRANQVILLVS 3) appellarunt: neque iustior con- que-

1) LIVIVS XXII. 22.
XXXXII. 39.

2) idem II. 13. idem XXII. 22. idem XXXIV. 35.
3) SVETON. invlt. August. c. 21.

querendi inter gentes liberas cauffa effe vifa eft, quam fi *obsides* dare, & fidem *pignoribus* firmare, a fociis coacti effent. *b)* Nihil facilius animos hominum fegregat & mutuis odiis accendit, quam fi alios fibi *diffidere*, & nihil certum aut ratum habere, intelligant, quam quod ipfi cernant oculis, & manibus iniectis comprehendant. Certius omnino, qui *metu* non tenentur, *beneficiis* & *gratia* deuinciuntur. *c)* Nihil remuneratione beneuolentiæ ftudiorumque & officiorum viciffitudine iuctundius habetur. *d)* Hac magnitudine animi *PORSENNA* fuit, cum *Cloelia Romana*, quæ magno & inaudito facinore *Tiberim* tranauerat & *custodes* fefellerat, a Romanis ipfi redderetur. Non folum enim *Cloeliam* *reftituit* Romanis, fed parte etiam *obsidum* donauit, tutiorem fore pacem ratus, *fi utrinque fides mutua conftaret*. *e)*

Sola igitur neceffitas, etfi intelligerent Romani, *fidem*, nifi vinculis quibusdam obligatam, ab exteris non feruari, adduxit principes reipublicæ, ut etiam fociis & foederatis *obsides* fubinde imperarent. *AVGVSTVS* certe, fi *C. SVETONIO TRANQVILLO* fides eft, etiam nouum genus *obsidum* excogitauit, & *feminas* popofcit *obsides*, cum videret *marium* *pignora* negligi, hoc eft, cum intelligeret, exteros miferatione mafculorum non tam efficaciter moueri, quam femellarum, quas viderent, fide rupta, in periculum non vitæ tantum, fed, quod magis eft, etiam pudicitiae adduci. *f)* In illo igitur neceffitatis cafu, fecundum *SCAEVOLAM* & *VLPIANVM*, maieltatis reus videbatur, cuius opera doloue malo effectum erat, ut *obsides*, aduerfus publicam fecuritatem *liberati*, gentibus infidis redderentur *l. 4. §. 1. D. ad. L. Iul. maielt.* Certe, fi dati effent *obsides*, comiter & yerecunde a Romanis tractati funt, ne qua effet cauffa conquerendi. *AVGVSTVS* enim non folum gentibus liberis fubinde facultatem dedit *obsides*, quandocunque voluerint, recipiendi, fi iurarent, fe in pace & fide manfu-ros effe; *g)* fed etiam, ut, quamdiu Romae effent, non iniqua conditione uterentur, diligenter procurauit. Ex *MARCIANO* etiam difcimus, *ufum togæ* interdum *obsidibus* conceffum effe, ut illorum *testamenta* etiam valerent *l. 32. D. de iure fisci*. Citra *ufum togæ peregrini* quidem erant *obsides*, & *testamenti* factionem non habebant, ideoque quantum ad *testamenta* attinet, *captiuis* a *commodo* comparabantur; *l. 31. D. de iur. fisci*. ceterum, ut redempti ab hoftibus, magis naturali vinculo *pignoris*, quam nexu quodam feruili, in ciuitatibus detinebantur. Hoc enim *VLPIANVS* atque *GORDIANVS* imperator *l. 20. §. 1. D. qui test. facere poff. l. 2. C. de poftlim. reuerf.* obferuauerunt. *h)*

K 2

Par-

b) IUL. CAES. I. de bell. Gall. 31. n. 7.

c) LIVIVS XXII. 22.

d) CIC. de amicis. c. 14.

e) LIVIVS II. 13.

f) SVETON. lin

vit. Auguft c. 21.

g) idem eodem.

h) LOPEZ animaduert. iur. ciu.

c. 18. in Otton. thefaur. Tom. III. p. 471. Gaudent. iurid. exposit. lib. II.

c. 2. in Otton. thef. tom. III. p. 370.

Parcius igitur Romani & modeste obsidum iure usi sunt; sed optime Germani nostri, postquam a studio turbaram & discordiarum discesserunt, ne ab exteris quidem & rebellibus, nisi grauis causa interueniret, *pignora capi & obsides accipi debere censuerunt*. GOLDASTVS enim, *in constitutionibus imperialibus*, moderationis huius illustria exempla refert, cum Fridericus I. ⁱ⁾ & II. ^{h)} seuerissimis edictis prohibuerint, ne populis exteris & vicinis, quamuis rebellibus & iniuriam sibi facientibus, *obsides & pignora, principe inconsulto*, extorquerent. Ad solum enim imperatorem hoc pertinere censuerunt, ut cognosceret de his *præludiis* bellorum, ex quibus magnæ dissensiones & infinitæ controuersiæ metuerentur.

Molesta itaque inter gentes *pignora & obsides* habentur, sed multo magis inter illos, qui communi eiusdem inter se imperii vinculo colligati & connexi, *captis pignoribus & obsidibus*, aut inferunt vicinis iniurias, aut acceptas etiam defendunt. Pace enim Germanis restituta, seuerissime constricta est capiendorum *obsidum* aut *pignorum* licentia, ut, qui sine principis auctoritate obsides capere ausi sint, *mandatis poenalibus sine clausula* ^{l)} aut mediis asperioribus coerceantur. ^{m)}

Sed SAXONES tamen videntur magis *pignoribus* fauere, cum ipsi *pignora* extorqueant etiam inuitis defendendæ possessionis & iniuriæ inprimis propulsandæ aut præscriptionis interrumpendæ causa II. E. R. art. 40. 47. Sed in ea re magna moderatione & prouidentia utuntur. Neque enim *pignora* capiunt, nisi *in suo* deprehensa, neque *ultra modum probabilem* damnorum, neque retinent pignora priuati, sed *iudici custodienda* offerunt, ut de controuersia & causa cognoscatur, *const. elect. Sax. 7. & 8. P. II.* Imo vero, ne temere & promiscue Saxones pignorum capiendorum licentiam admisisse existimes, inprimis ab *obsidibus & hominibus liberis* aut seruis, quasi *pignoris* causa capiendis, diligentissime abstinerunt. Hos enim, qui talia ausi fuerint, præter alia etiam *emenda*, atque *multa pecuniaria*, coercuerunt. II. E. R. art. 34. II. E. R. 13. Strictam certe rationem in pignoribus secuti sunt, inprimis, si *animalia viua* ad militiæ vel rei rusticæ usum accommodata, ein Pferd oder Vieh, *oppignorata* essent creditori. Hæc enim, si etiam *e fortuito casu*, nulla creditorum culpa, *morerentur*, ita creditores onerabant, ut, pignore sublato, ipsum etiam *debitum exspirasse* iudicarentur. Stirbt aber ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung, ohne dessen Verschulden, der es bey sich hat, erweist er das, und kan darzu schwören, so ersetzt er es nicht,

ⁱ⁾ GOLDAST. const. imp. tom I. inter const. Fridr. I. n. 20. p. 282. ^{h)} idem tom. II. inter const. Fridr. II. n. 33. ^{l)} GAILL. de eod. pignorat. obseru. I. sqq. ^{m)} ORDINAT. cam. imper. de ann. 1555. P. II. t. 22. recess. deput. Spir. d. A. 1600. §. 36. seq. recess. imper. Ratisb. de A. 1654. §. 138. seq. Gail. de pignor. obs. 2. Koppen. decis. 41. Peschwitz de repressaliis c. 2.

nicht, sein Geld aber, dafür es versetzt stunde, hat er verlohren, es wäre dann ihre Abrede anders gewesen. III. E. R. art. 5. Et profecto non sine causa iustissima creditori exactionem debiti denegandam esse crediderunt, quamvis hoc postea, mutatis temporum rationibus, non minus iuste a serenissimo electore Saxoniae luculenta constitutione sit correctum *const. el. Sax. 26. P. II.* Enim vero, si cogites *paupertatem* veterum, quorum diuitiae & opes equo bellatore & bubus aratoribus continebantur; nae, ille hominem saxonem occidere omnino videbatur, qui illum his *pignoribus* mulctaret. Multo feuerius *diuinissimus* LEGISLATOR creditores auersatus est, qui res necessarias pauperis amici, pignoris loco sibi obligatas, acceperint & retinuerint cum magna calamitate debitoris. Diuus LUTHERVS grauiissime hoc expressit; denn er hat dir die Seele zum Pfande gesetzt, Deut. XXIV. 6. atque iterum alio loco: sondern solt ihm sein Pfand wieder geben &c. das wird dir vor dem Herrn, deinem Gott, eine Gerechtigkeit seyn. l. c. 13.

Habuerunt igitur Saxones in tanta veterum paupertate, cur odiosa iudicarent pignora animalium, & creditorem actione excluderent, si pignus vitium fortuito casu periisset. Plerumque enim *pauperes*, *datis pignoribus*, fidem quaerunt ab opulentioribus, atque ita non solum foenore trucidantur, sed spoliantur etiam usu rerum suarum, quas pignori dederunt.

*Tam inique comparatum est, ii, qui minus habent,
Ut semper aliquid addant diuitioribus,
Quod ille unciarum vix de clemente suo,
Suum defraudans genium, comparat miser,
Id ille uniuersum abripiet. n)*

Sed praeter paupertatis miserationem etiam alia causa videtur Saxones mouisse, ut pignore demortuo, debitum peremptum esse iudicarent. Nimirum, plerumque veteres pignora per imaginem *venditionis* cum pacto de *retro-ueniendo* creditoribus tradebant. o) Sed, animali mortuo, cessabat retro-uentio, ideoque nec creditor recuperabat debitum, quod retro-uentiois pretio continebatur. Praeterea, si rationem naturalem audias, qui pignus accipit, non *debitori* suo, sed magis *pignori* accepto, fidem habere & credere videtur. Igitur æquissimum veteres censebant, creditores *sequi fidem pignoris*, non *debitoris*, sed, pignore perempto, personali petitione debiti excludi. Opportune M. VALERIVS MARTIALIS in mentem venit, qui deludit aliquando amicum suum, quod in tanta poetarum indigentia & paupertate noluerit sibi mutuam pecuniam credere, nisi agrum *pignoris iure* obligaret. Salte enim ille:

*Cum roga te nummos sine pignore; non habeo inquis.
Idem si pro me spondet agellus, habes.*

K 3

n) TERENCE. Phormion. act. I. scen. I. vers. 7. seqq.
re Germ. tom. I. lib. 2. tit. XI. §. 324.

Quod
o) HEINECCIUS iu-

*Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,
credis colliculis, arboribusque meis,
Ecce reum Carus te detulit, adsit agellus,
Exilii comitem quæris? agellus eat. p)*

Seuerius igitur Saxones de iure pignoris aduersus creditorem iudicabant. Haud paullo secius Quirites de mortibus animalium & culpa creditoris, in pignore admissa, constituendum esse censuerunt. *VLPIANVS* enim generaliter mortes animalium, & quæ sine culpa cuiusdam accidunt, a nemine præstanda esse docet *l. 23. in fin. de R. I. l. 6. de pignorat. act.* Præterea non pignus duntaxat obligatum esse, sed debitor Romano iure etiam personali actione efficaciter conueniri posse censebatur §. 4. *Inst. quibus mod. re contr. oblig.* Extremo *IUSTINIANVS* credidit, leuem tantum culpam a creditore exigendam esse, quia pignus utriusque, & creditoris & debitoris, utilitatem continere videatur. §. 4. *Inst. quibus mod. re contr. obl.* Sed alio loco defendi nostros Saxones, & contra Romanorum indulgentiam, qua in creditores pignoratitios usi sunt, ex instituto disputaui. *q)* Certe in pignore, quod propter *donationem*, inprimis remuneratariam, aut propter legatum, a testatore constituitur, sola accipientis utilitas versatur, ideoque illud diligentius custodiendum est a creditore.

Quoniam vero ad *IUS QUIRITIVM* delapsa est mea oratio, admonendum est, ne Romanos quidem semper fauisse creditoribus, qui pignora acceperant a debitore. *HONORIUS* enim & *THEODOSIVS*, nec non *CONSTANTINVS*, tantum abest, ut *bouem aratorem* aut alia *agriculturae instrumenta* pignoris iure accipi & auferri paterentur, ut poenam etiam satis seueram in illos constituerent, qui his pignoribus securitatis causa inhierent *l. 8. §. 7. C. quæ res pignori obligari poss.* Sed diligentius *VLPIANVS* etiam prospexit, ne generali pignorum obligatione supellex & alia, quæ ad necessitatem vel etiam ad affectionem debitoris pertinerent, promiscue continerentur. *l. 6. D. de pignor.* Denique propter odium pignoris placuit, si male pignora tractauerit, teneri creditorem, *l. 24. §. 3. D. de pignorat. act.* atque ab ipso etiam custodiam præstari. *l. 13. §. 1. D. de pig. act.* *VLPIANVS* vero non solum prohibuit, ne pignus negligatur, sed etiam, ne ita exorneretur, ut graue sit debitori pignus luere propter immodicas expensas. *l. 25. D. de pignor. act.* Noluerunt enim veteres fortunis & rebus suis spoliari debitores quos creditorum asperitas durius & inhumanius adstrinxisse videretur. Hac de causa mirifice fauerunt remissioni pignoris, *l. 9. C. de remiss. pignor.* ut reddito chirographo, quasi tacita voluntate, pignus remissum censeretur. *l. 7. C. eod.* A *IULIANO* etiam laudata est testatorum illa pietas, qui, quam-

p) *MARTIAL.* XII. epigr. 25.
& peric. pignoris §. 3. p. 8. seq.

q) *PRAESES* in obseruat. de custod.

quàmuis *debitum* remittere omnino dubitassent, tamen *pignus* legauissent debitori, ut, nondum soluta pecunia, pignoris haberent repetitionem, l. 1. *D. de liberat. legat.* IULIANVS enim valere hoc legatum ait, cum debitori non quidem debitum, sed tamen durissima debiti conditio, pignus, remissum esse videatur, d. l. 1. *de liberat. legat.* Hoc adduxit POMPO-
NIVM, VLPIANVM & MARCELLVM, ut, si quid solutum sit, neque adiecerit debitor, in quam causam soluerit, in *durio rem* atque *grauio rem* causam solutum esse iudicent, ideoque, si quid *satisdato* aut sub *pignore* debuerit, ante omnia debitorem, fideiussores & pignora, liberare voluisse arbitrentur l. 3. 4. 5. *pr. 73. D. de solut. & liberation.*

Faciliores igitur fuerunt iuris interpretes in pignoris remissione concedenda, etiam in illis speciebus, in quibus debitum non penitus remittebatur; cum non minus sit molestum debitori, pignore carere, quam debiti soluendi necessitate obligari. Tantum abest, ut res debitorum *propria auctoritate* occupare & quasi pignoris iure detinere permiserint creditoribus. PAVLVS enim habet eiusmodi speciem, in qua creditor *debitoris inuiti* ratem detinuerat securitatis causa, sed, propter acerbitatem suam, etiam vim maiorem & *casum fortuitum* præstare coactus erat, cum ratis vi tempestatis periisset l. 30. *D. de pignor. act.*

Tenes *pignus odiosum*, cum magna calamitate debitoris pauperis coniunctum, qui rebus paternis & auitis spoliatur & exiit, ut creditori securitas præstetur. Sed hoc quidem, ut diximus, propter debitoris duntaxat miserationem odiosum est. Multo minus autem fauemus *hypothecis*, quæ non solum debitoris fidem onerant, sed etiam tertio & multis aliis periculosa & graues esse possunt. Enim vero, quod ISIDORVS ^{r)} recte obseruauit, *hypothecam ne possidemus quidem*, cum res, pacto vel *cautione sola* interueniente, sine pignoris depositione obligatur. Magis luculenter VLPIANVS rem definit. Hic enim, *pignus*, inquit, proprie dicimus, quod ad creditorem transit; *Hypothecam*, cum non transit *possessio* ad creditorem. l. 6. §. 2. *D. de pignor. action.* Neque igitur assentimur MARCIANO, qui inter *pignus* & *hypothecam* tantum nominis sonum differre arbitratur, l. 5. §. 1. *D. de pignor.* Hoc enim interest, quod *pignus* auferitur debitori, *hypothecæ* vero usus, donec dies venerit, ipsi relinquitur: & hætenus videtur melior esse debitoris conditio, qui *hypothecam* constituit, quam qui *pignus* dedit creditori. Sed accedit aliud discrimen. *Pignus* enim, quod creditor detinet, non potest ad alios transferri, priusquam ipsi satisfactum fuerit a debitore; sed *hypotheca*, quia apud debitorem manet, in-

r) ISIDORVS V. orig. 25. p. 932. ubi Isidorus scribit: *res commodatur*, sed Gerardus NOODT legit, *commodatur*, id est, *obligatur*. NOODT II. obs. 7. p. 325.

in scio creditore, etiam aliis pacto obligari potest, quod *VLPIANVS* obseruauit. *l. 3. §. 1. D. de stellion.* Hæc vero res, dici non potest, quantum fidem mutuam negotiorum corrumpat ac perturbet, extra Saxoniae electoratum maxime, in illis locis, in quibus *conuentionales hypothecæ* tolerantur. Quæ cum ita sint, publice interest, *ius hypothecæ* curatius restringi, quod plures potest incommodo afficere & decipere posteriores creditores; cum *pignus*, soli duntaxat debitori nocere videatur. Sed de his deinceps locus erit exponendi.

§. II.

Solutione pignus tollitur, neque opus est renunciatione aut liberatione pignoris expressa. Expunctio seu cassatio hypothecarum propter fidem publicam recepta est. Ut debitori rem suam vendere aut aliis obligare liceat species singularis proponitur.

Accepisti, quam grauis & molesta sit debitoribus pignoris traditio, ut iuris interpretibus miseratione quadam digni esse videantur. Itaque fauemus *liberationi & remissionibus pignoris & hypothecæ*, ut suum cuique liberaliter restituatur. Sed facillimus est *ISIDORVS*, ut pignus liberetur. Ait enim, *ob rem creditam* pignus obligari, & *si res credita restituatur, confestim pignus creditoribus auferri.* ⁵⁾ *ISIDORVS* tibi suspectus est. Igitur audiamus *VLPIANVM*, qui, generaliter, ait, *pignus liberari, si solutum sit debitum*, vel eo nomine satisfactum creditori. *l. 11. §. 3. D. de pignor. act. l. 6. pr. D. quibus mod. pign.* Vnum *VLPIANVS* desiderat, ut *omnis* pecunia soluta sit, propter quam pignus obligatum erat *l. 9. §. 3. D. de pignor. act.* *Indiuidua* enim est causa pignoris, quod pro qua libet parte debiti totum retinetur.

Solutione igitur *omnis* pecuniæ non solum persona debitoris, sed etiam pignus, liberatur. Eleganter enim *POMPONIVS*, *solutione*, docet, *naturaliter* dissolui omnes obligationes *l. 107. D. de solut. & liberat.* & *PAVLLVS*, hoc perpetuum esse, ait, ut, si res debita ad creditorem peruenit, & *nihil absit* creditori, sublata obligatione, debitor omnino liberetur. *l. 61. D. de solut. & liberat.* Possumus enim inuiti etiam & ignorantes *solutione* liberari. *l. 23. D. de solut. & liberat.* Sed in *pignoribus* olim quidem etiam *contractus fiduciæ* efficiebat, ut, debito soluto, res oppignerata *sine dolo malo* non posset retineri. Solebant enim veteres per *fiduciam* seu *contractum fiduciæ* pignus creditoribus *vendere & mancipare*, sed hac lege, *uti inter bonos bene agier oportet*, ut creditor soluta pecunia *remancuparet* seu *retrouenderet* pignus domino & quondam debitori suo. ⁷⁾ Nimirum *fiducia*, secundum *ISIDORVM*, ^{u)} contracta esse videbatur, si res mutuae pecuniæ sumendæ causa vel *mancipata* vel in iure cessa esset creditori, ut, debito soluto, remancuparetur res oppignerata.

Igitur

⁵⁾ *ISIDORVS* VI. origin. 25. p. 932. ⁷⁾ *GERARDT.* Nood H. obseru. c. 7. p. 325. seq. Id. ad digest. Lib. XIII. Tit. VII. p. 321. ^{u)} *ISIDOR.* loc. cit.

Igitur bona fides in *contractu fiduciae* non ferebat, ut, restituta pecunia, pignus a creditore efficaciter retineretur. Postea desierunt pignora per fiduciam transferri, & primo disputatione fori receptum, postea edito prætoris constitutum est, ut *traditione pignus, hypotheca* vero nudo pacto, tamdiu obligari posset, *donec debitum restitueretur.*

Restituto igitur debito, siue, quod PAPINIANVS ait, soluta pecunia, pignus reddendum debitori, neque aliquid amplius desideratur. *l. 40. §. 2. D. de pignor. act.* Idem etiam in *fideiussoribus* obtinere, ut principalis debiti solutione liberentur, AFRICANVS iudicauit, *l. 38. §. 2. D. de solut. & liber.* PAVLLVS vero longius processit propter odium pignoris, atque etiam *novationibus* subinde credidit, non solum pignus, sed etiam *hypothecas*, liberari; cum sufficiat, debitum propter quod res obligatae erant, *novatione* extinctum & peremptum esse. *l. 18. de nouat. & delegat.*

Apparet igitur, etiam ad *hypothecas* pertinere, ut debito soluto liberentur. Si dubitas, audi MARCIANVM, qui admittit *liberationem hypothecæ*, quamuis debitor non solum in id, quod debeat, sed etiam in maiorem summam condemnatus sit, modo id, quod vere debuerit, & pro quo *hypothecam* obligauerit, a debitore sit solutum. Ait enim *humanius* esse, ut *hypotheca* liberetur, si id modo dederit, quod vere debeat, & nihil amplius, quamuis in maiorem summam esset condemnatus *l. 16. §. 6. D. pignor.*

Itaque *ipsis solutionibus tuti sumus*, quod imperatores aiunt, ut nec hypothecaria, neque personalis, actio timenda sit, si illud, quod obligatione comprehensum fuit, creditori sit solutum; modo probari possit, debitum solutum esse. Neque enim desideramus ad *liberationem* pignoris aut hypothecæ, ut chirographum & cautiones debitoribus restituantur; sed sufficit debitum solutum esse, ut pignora & hypothecæ liberentur, *l. 5. C. de pos.* Non opus est, ut GORDIANI fidem inuocemus, qui & ipse, *euacuari debitum solutione*, ait, ut nulla actio neque petitio creditori competat, quamuis *instrumenta obligationis* nondum reddiderit omnino debitori *l. 4. C. de solut. & liberat.* Imo vero DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, ne quidem interesse debitoris, aiunt, utrum *inducatur* aut *cancelletur* chirographum, modo *probari* possit, pecuniam solutam esse *l. 22. C. de solut. & liberat.*

Quæ cum ita sint, ne quidem *professio* creditoris, qua declaret, sibi satisfactum & hypothecas liberatas esse, neque *apocha* desideratur, quamuis ex illa professione commodius probemus liberationem *l. 14. D. de solut. & liberat.* Exspirat enim pignus atque hypotheca ipso iure & eo momento temporis, quo debitum est exsolutum, neque simpliciter opus est confessione creditoris, qua significet, hypothecam liberatam esse. Sed in plerisque Germaniæ iudiciis, in Saxonia imprimis, receptum est, ut hypothe-

ea a magistratu in libris censualibus & actis publicis, in denen Consens-Büchern, annotata, pariter producta creditoris apocha, cum solenni eius consensu deleatur atque expungatur: Es muß die Hypothec mit des Gläubigers Bewilligung cassiret, und in denen Consens-Büchern gelöscht werden. Extant huius moris vestigia in notissima sportularum descriptione, qua definitur honorarium magistratui exsoluendum *pro cassatione*, hoc est, *pro inductione & expunctione* hypothecæ. x)

Quidam hanc expunctionem eo pertinere existimant, ut hypotheca eodem modo, quo constituta est, solvatur atque liberetur. Aiunt enim, nihil magis naturae convenire, quam ut hypotheca, *iudicis consensu* confirmata, atque a *creditore* impetrata, a *iudice*, *consentiente creditore*, expungatur. Sed hi profecto augent difficultates debitorum. *Ius commune* nullibi desiderat *confessionem creditoris*, sed *solutionis probatio* sufficit ad liberationem hypothecæ, nisi aliud provincialibus legibus sit constitutum. Iudicis interest, ut, cum ipse annotare debeat, quibus hypothecis quilibet fundus oneretur, ipse etiam expungat hypothecas. Tunc enim certo scire potest, illas peremptas esse, ideoque confidentius & securius in ulteriorem oppignerationem consentire. *Fidei communis* subleuandae causa, & ne emtores prædiorum aut novi creditores metu nondum liberatæ hypothecæ deterreantur, receptum est, ut hypothecæ in libris publicis a magistratu expungantur. Sed ipse debitor & ipsa prædia obligata, soluto debito, etiam *sine expunctione* confestim liberantur. Certe morosus creditor, si per manifestam calumniam tergiversetur, & nolit consentire in expunctionem hypothecæ, sua morositate prohibere non poterit, quominus hypothecæ a magistratu deleantur. Sed si pertinaciter recuset creditor, tutissimum est, sententia & decreto magistratus declarari, hypothecam, frustra obloquente creditore, liberatam videri. Tunc enim efficaciter expungetur hypotheca.

Nuper mense *Augusto* huius anni proponebatur ICtis Vitembergen-sibus eiusmodi species, in qua creditor intercedebat, ne hypotheca a iudice expungeretur. Creditor negare non poterat, *solutam esse pecuniam*, propter quam fundus iure hypothecæ oneratus fuerat. Igitur debitor, qui fundum vendere volebat, a magistratu postulabat, ut expungeretur hypotheca. Creditor obiiciebat, solutam quidem esse pecuniam, sed *nouum debitum* interuenisse, cum sibi ex testamento illius, cuius hereditatem debitor adiisset, *legatum* deberetur. Inuocabat creditor fidem *GORDIANI*, qui constituerit, pignus etiam *ob nouum debitum* a creditore *retineri posse*, *l. un. C. etiam ob chirograph. pecun.* Respondimus: *retentioni hypothecæ* locum dari non posse, sed *expungendam* esse hypothecam; neque tamen prohiberi credito-rem

x) Tax. Ordn. derer Gerichtsgebühren in denen samtl. Churfürstl. Sächsischen Landen tit. I. n. 29. 26.

rem, quo minus petere a magistratu posset, ut noua sibi hypotheca propter legatum constitueretur.

Rationes huius responsi ex his, quae adhuc disputata sunt, & quae proxime exponemus, facile intelligentur.

§. III.

Nimirum *solutionibus*, ut diximus, tollitur ius pignoris & hypothecae. Igitur frustra laboraueris de *retentione iuris* quod confestim expirat, cum primum pecunia soluta est, pro qua res debitoris iure hypothecae vel pignoris obligatae erant. Quomodo enim ius retineri possit, quod nullum est, & concipi animo non potest, postquam semel expirauit. Sed obtinuit res ut, quamuis ius semel dissolutum, non retineatur, tamen res retineri possint aliquando, quae antea iure pignoris obligatae erant. Dissoluto enim iure pignoris fingebatur interdum, res antea obligata quasi iusdum pignoris apud creditorem remanere. Hoc enim colore veteres usi sunt, quoties ius retentionis concesserunt creditori, qui ius pignoris in rebus retentis non amplius habebat. Ita VLP IANVS venditori concessit, ut retineret res venditas, quasi pignoris iure sibi constituto, donec pretium solueretur. l. 13. §. 8. D. de act. emt. & vendit. Eodem iure in illis utimur, quos, captos ab hostibus, nostra pecunia redemimus. Hi enim quodam, quasi pignoris iure, retinentur, donec pecunia reddatur l. 15. D. de captiu. l. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss. l. 2. C. de postlim. reuers.

Ius igitur dissolutum retinere non possumus; res vero, propter quas nobis aliquid debetur, interdum retinemus, quamuis ius veri pignoris in illis rebus nobis non amplius competat; cum fingatur quasi nouum ius pignoris ob summam aequitatem. Ob aequitatem, inquam, fingimus quasi ius pignoris, quod GORDIANVS naturale pignus appellauit, quia naturalis ratio, commendat illam fictionem, l. 2. C. de postlim. reuers. & quia ius retentionis eo duntaxat casu locum habet, si quid ex causa iusta & probabili retineatur l. 3. §. 4. D. de homine lib. exhib. Solent enim, qui iure retentionis uti volunt, exceptionem doli mali allegare, quam praetor introduxit, ne cui dolus suus profit per occasionem iuris ciuili contra naturalem aequitatem l. 1. §. 1. D. de doli mal. & met. except. Itaque si vel pignus plane non habeamus, vel pignus expirauerit, subtili iure, per exceptionem doli mali exercemus ius retentionis, quasi ius noni pignoris, ne alter iuris subtilitate abutatur. Ita sumtus in rem alienam bona fide factos recuperare, & rem alienam, donec sumtus restituantur, retinere possumus, opposita exceptione doli mali; ne quis cum nostro damno fiat locupletior contra naturalem aequitatem, quod PAVLLVS & PAPINIANVS praeeperunt l. 14. D. de doli mali & met. except. l. 14. §. 1. D. commun. di-

uid. l. 48. D. de rei vindic. Inprimis, si pignus non verum & idoneum, sed inutile, ad nos peruenerit, aequitas vero succurrat possessori, quamuis peti pignus nequeat, tamen a possessore retineri potest ob summam aequitatem. Id enim *VLPIANVS* & *PAPINIANVS* probauerunt *l. 10. D. de pignor. l. 1. pr. D. quibus modis pign.* Hoc est, quod idem *PAPINIANVS* ait, etiam tunc, cum difficilis sit petitio, facilius concedi *retentionem* possidenti, *l. 1. pr. de pignor.* Quandoquidem, secundum *POMPONIUM*, quarundam rerum *retentionem* habemus ob summam aequitatem, quarum petitionem iure civili, eoque subtili, non habemus *l. 51. D. de condict. indeb.* Exemplum habes in *lege 26. §. 4. de D. condict. indebit.* in quo ager *retinetur*, donec pecunia debita solvatur.

At vero, ut dicere occupavi, *pignora* inprimis coeperunt retineri propter nouum debitum, quamuis ipsum ius pignoris dissolutum sit soluta pecunia, propter quam res erant obligatae. Hoc olim ex contractu fiduciae descendit, in quo pignus mancipabatur creditori, sed hac lege; ut inter bonos bene agier oportet, ut soluta pecunia res remancuparetur debitori. Ista enim formula videbatur causa pignoris ad solam *aequitatem* redacta esse, ne *dolo malo* pignora retineantur. Sed non censebatur dolo retinere, qui iustam habebat & probabilem causam retinendi. *l. 3. §. 4. D. de homine lib. exhib.* Erat autem iusta causa, si pignus ob nouum debitum retineretur. Rationem reddit *VLPIANVS*, quia noluerit praetor obligationes ex obligationibus fieri, & lites multiplicari, utque doli exceptione opposita nostrum consequamur, quod separata actione aegrius impetrari debuisset. *l. 4. §. 3. D. de re iudic.* Haec ratio effecit, ut, postquam desierunt pignora per *fiduciam* mancipari, tamen in pignoribus hoc obseruatum sit, *retineri* illa posse ob nouum debitum & summam aequitatem.

Vnum sollicite cauerunt iuris interpretes, ne ius retentionis, ob summam aequitatem possessoribus concessum, in occasionem *perfidiae* traheretur, & retentis rebus alienis iniqui forte lucri causa debitoribus aliquid extorqueretur. *y)* Igitur debitum liquidum desideramus, & quod nullis exceptionibus infirmari possit, sed ita expeditum sit, ut noua securitas a debitore peti posset, etiam si res ob aliud debitum oppigneratas non possideremus. Tunc enim satius est, retineri vetera pignora, quam noua postulari. Hoc non obscure ex *lege 4. §. 3. de re iudic.* colligimus atque ex ipsa naturalis aequitatis ratione. Ceteroquin si perfide retineantur pignora ut debitores per iniuriam ad aliquid soluendum adigantur, praetor non interponet partes suas, qui ob *aequitatem* introduxit ius retentionis. Etiam posteritatis indignationem meritus est *THEMISTOCLES*, qui, cum mentitus esset apud *SPARTANOS*, & se *obsidem* mendacii dedit, re comperta, persuasit Atheniensibus, ut legatos Spartanorum tamdiu *retinerent*, donec ipse libe-

beratus esset. b) Hac enim retentione legatorum ius quaesitum Lacedaemoniis extorquebatur.

Igitur ob liquidum debitum duntaxat, atque ob causam probabilem, pignus retineri potest, quamuis priori debito soluto. Sed *retineri* debent pignora, non capi aut auferri. Neque enim *retineri* res potest, nisi quam *teneas*, & quam *possideas*, ut res illa sit in tua potestate. Ius igitur retentionis locum habet in *rebus*, quas *possides*, opposita exceptione doli mali, priusquam illae domino restituantur. Luculenter illud GORDIANVS constituit, *l. un. C. etiam ob chirograph. pecun.* Ait enim, si in possessione constitutus fueris, ad pignus restituendum te cogi non posse, propter doli mali exceptionem, nisi ea quoque pecunia tibi soluta fuerit, quæ *sine pignore debetur*. Vides, tunc demum iuri retentionis locum esse, si pignus *possideas*, quod ob aliam causam fuit obligatum. Ita VLPIANVS *possidenti* duntaxat concessit ius retentionis, ut suum consequatur. *l. 26. §. 4. D. de condict. indeb.* Ita etiam PAVLLVS propter sumtus, in rem communem factos, possessori duntaxat ius retentionis dedit. *l. 14. §. 1. D. commun. diuid.* Eleganter NERATIVS obseruauit, necesse videri, ut res in tuam potestatem peruenerit, quam quasi pignoris iure velis retinere *l. 8. D. de incend. ruin.* tunc enim æquitatis rationem postulare, ne res reddantur petitori, priusquam satisdederit vel satisfecerit propter damnum, quod passus sit possessor.

Non opus est multis in re plana & aperta. Enim vero per *exceptionem* doli mali exercetur ius retentionis, sed nemo *excipit*, nisi qui rem *possideat*, & a quo res petatur. Qua re apparet, *ius retinendi pignoris* ob nouum debitum creditori tunc demum competere, si *possideat* pignus, quod velit retinere. Sed nihil huius iuris ad illam pertinet, cui res duntaxat *nudo pacto* obligata est *iure hypothecæ*. Ius enim hypothecæ soluitur *solutione* illius debiti, *propter quod res fuit obligata*. Igitur *ius retineri* non potest, quod extinctum est *solutione*. Rem vero *retinere* non potest creditor, cum illam *non possideat*, si *nudo pacto* hypothecæ ipsi est prospectum, ut supra *ex lege 9, §. 2. D. de pigner. action.* fuit comprobatum. Quomodo igitur retinebit hypothecam, cum *ius* illud exspirauerit, neque rem habeat creditor, quam possit retinere. Neque vero ope *exceptionis doli mali* hypothecam retinebit, cum exceptio possessori competat duntaxat. Videlicet, qui ius hypothecæ, soluto priori debito, ob *nouum debitum* exercere vellet, non excipere, sed actionem hypothecariam instituere, deberet, ut hypotheca sibi ob nouum debitum a possessore traderetur. *Hypothecaria* autem non competit, nisi propter illud debitum, *pro quo res obligata est iure hypothecæ*. Hoc enim MARCIANVS docet *l. 16. §. 3. D. de pignor.* Qua propter inepta esset petitio creditoris, qui ob *nouum debitum*, de quo nihil

nihil conuenit, hypothecaria actione vellet experiri; cum expirauerit hypothecaria actio pecunia soluta, pro qua res fuit obligata.

Itaque ius *nudæ hypothecæ* ob nouum debitum neque exceptione, neque actione, neque ulla omnino alia ratione, potest *retineri*. Videtur aduersari BERGERVS noster, vir æterni nominis & vere immortalis. Hic enim beneficium *legis un. C. etiam ob chirograph. pecun.* in qua ius retentionis ob nouum debitum conceditur, ad *omnes hypothecas*, etiam ad conuentionalem, pertinere arbitratus est, ^{a)} atque ad ICtorum Vitembergensium responsum prouocauit. ^{b)} Sed nihil timemus a piissimis manibus BERGERI. Ipsa enim formula responsi satis ostendit, eum loqui de hypotheca, in quam creditor iam immissus fuerit, & *quam possederit*, & retinere voluerit ob nouum debitum, opposita exceptione doli mali. Audiamus verba: So ist N. N. die verholfsenen Stücken, so lange bis er auch wegen der angegebenen 1800. Thlr. gebührend befriediget, zu retiniren wohl besugt. Appellat igitur BERGERVS die verholfsenen Stücke, quæ etiam ob chirographariam pecuniam retineri possint. Sed series verborum satis ostendit, verholfsene Stücke, hoc loco bona immobilia notare, quæ possederit creditor, & in quæ fuerit immissus.

Eadem ratione etiam summo illi CARPZOVIO satisfaciemus, qui ^{c)} admittit ius retentionis etiam in *hypotheca*, sed in illa, *quam* creditor possideat iudicis auctoritate. Hoc enim intelligitur ex formula responsi: So möget ihr, ehe und zuvor euch solche Summe Geldes vollständig bezahlet, das euch verpfändete Gut abzutreten nicht gedrungen werden, sondern ihr seyd euch des iuris retentionis zu gebrauchen wohl besugt. Nemo vero potest fundum restituere, das verpfändete Gut abtreten, nisi qui *corpore possederit*, & immissus fuerit in hypothecam.

§. IV.

Hypotheca iudicialis citra iudicis consensum difficultatis retinetur, inprimis si ad certum tempus restricta sit. Ius retentionis tertio nocere

Venio ad *iudiciales hypothecas*, in quibus adhuc plures difficultates creditoribus obiiciuntur, quo minus illas ob noua debita retinere possint. Enim vero ab antiquissimis temporibus non solum in Saxonia, sed in multis etiam aliis Germaniæ provinciis, receptum est, ne res *immobiles* a solo duntaxat *privatis dominis*, sine auctoritate magistratus, intra cuius fines prædia priuatorum sita sunt, efficaciter alienari aut iure hypothecæ creditoribus obligari possint. HEINECCIUS etiam ex Ripuarianorum & Longobardorum Francorumque legibus diligenter obseruauit, oppignerationem apud Germanos plerumque venditionis imaginem continuisse, ideoque magistratus rei sitæ *consensu* fuisse muniendam. ^{d)} Imo vero in *feudis* hypothecæ cum

con-

^{a)} de BERGER. oecon. iur. lib. II. tit. 5. §. 14. n. 2.

^{b)} idem II. resp. 73.

^{c)} CARPZ. p. II. const. 25. def. 25.

^{d)} HEINECCIUS elementa iur.

Germin. F. I. lib. II. tit. XVI. §. 443. seqq.

consensu illorum, quorum intererat, ad preces vasalli a domino directo, *per non debet in modum inuestiturae*, creditoribus tribuebantur; ut appareret, ius reale non ^{concursum cre-} tam a vasallo, quam potius a domino directo, constitui atque huius aucto-^{ditorum.} ritate ac beneficio ad creditorem peruenire. Hinc ipsae hypothecæ feuda-^{Hypotheca} les, *Lehens-Sagung, geliehene Sagung, Pfand-Sagung*, appella-^{feudalio ne-} bantur. Quæris originem vetusti moris? Illam C. IULIUS CAESAR lucu-^{ri cum dam-} lentissime ostendit. Generaliter enim, in Germanis, & Sueuis maxime, suis ^{no domini di-} temporibus obseruauit, agros & prædia non tam ad priuatos, quam potius ^{recti & si-} ad magistratus ciuitatum, iure quodam domini singulari & proprio, perti-^{multaneæ in-} nuisse, ut horum arbitrio duntaxat permutari potuerint, atque in alios trans-^{uestitorum.} ferri. ^{e)} Diligentissime hunc morem Saxones retinuerunt. I. L. R. art. 25. Neque enim satis est, contractum a magistratu confirmari, sed consensus magistratus illius, intra cuius fines bona immobilia sita sunt, precibus impetrandus est, ut valeat iudicialis hypotheca. Es muß vor der Obrigkeit und denen Gerichten, darunter das Grundstück gelegen, dasselbe verpfändet, und daselbst insinuirt, oder Gunst darüber ausgebracht werden. *Ord. proc. Sax. antiq. tit. 46. §. 2. const. el. Sax. 23. P. II.* Et profecto feritur & metitur in illa causa magistratui rei sitae, multumque eius interest, ne nimis onerentur res immobiles, neue neglegantur a possessoribus & deferantur. Hoc enim si acciderit, etiam tributa minuuntur.

Vides nihil iuris esse creditori hypothecario, nisi quod auctoritate magistratus in ipsum transferatur. Itaque dubitari non potest, quin ægrius admittatur retentio propter nouum debitum, cum iudex non consenserit, ut propter nouum hoc debitum hypotheca obligetur. Solent plerumque iudices, dum consentiunt in hypothecas, ius creditoris non solum ad certum debitum, sed etiam ad certum tempus, adstringere, quo elapso, nisi creditor hypothecaria actione expertus sit, ius hypothecæ extinctum esse atque exspirasse iudicatur. Interdum etiam expresse adiciunt formulam: *nisi creditor intra certum tempus egerit, iuri hypothecæ non amplius locum futurum esse.* Nostri CLAUSULAM cassatoriam appellant. Hoc igitur tempore elapso, siue adiecta sit clausula cassatoria, siue non adiecta, nihil iuris manet apud creditorem, ideoque multo minus iure retentionis ob nouum debitum efficaciter utetur. ULPIANUS abscisse præcipit, hypothecam etiam subinde tempore finire, l. 6. pr. D. quibus mod. pign. vel hypoth. solu. Sed audiamus serenissimum Saxoniae legislatorem: Daß nach Verfließung der gesetzten Zeit der Consens vor erloschen zu achten, und solches um so viel mehr, wenn darinnen die clausula cassatoria, daß der Consens länger nicht, als auf die gesetzte Zeit währen sollte, ausdrücklich zu befinden. *Decis. el. Sax. XXXI.*

Omnia

^{e)} IUL. CAES. VI. de bell. Gall. 22. Id. IV. de bell. Gall. 1.

Omnia minime igitur ob *nouum debitum* retineri potest iudicialis hypotheca ad certi temporis spatium restricta. At vero, etiam si non restricta fuerit ad certum tempus, profecto tamen aduersus *tertium*, qui non *consensit*, ius retentionis cum fructu quodam non potest allegari. Sæpius enim admonere debeo, ius retentionis per *exceptionem doli mali* exerceri. Sed hæc exceptio non competit, nisi *aduersum debitorem*, qui pignus repetit *actione pignoratitia directa*. Luculenter GORDIANVS solum *debitorem* duntaxat exceptione repellendum esse docet, si pignus repetat, neque illam etiam pecuniam offerat, quam sine pignore debet creditori. *l. un. C. etiam ab chirograph. pecun.* Igitur *tertio*, cui ius *quæsitum* & *antiquius* competit, non nocebit exceptio, nec ius imaginarium retentionis. Ita enim beneficia interpretamur, ne cuiquam ius *quæsitum* auferatur. *l. 4. C. de emanc. lib.* Finge igitur, ante triennium Titii prædium lauoleno iure hypothecæ obligatum, anno proximo etiam Caio ius hypothecæ datum esse in prædio eodem: postremo anno Titium apud lauolenum aliud debitum contraxisse sine pignore, sed lauolenum etiam ob nouum hoc debitum hypothecam retinere velle. Res ipsa loquitur, *moto concursu creditorum*, lauolenum, Caio ratione noui huius debiti, non præferendum esse, sed primo loco debitum antiquum, pro quo expresse obligatum erat prædium, lauoleno exsoluendum, secundo loco satisfaciendum esse Caio, cui pariter expressa hypotheca competit, & extremo demum loco, nouum illud debitum, quod sine pignore contractum est, lauoleno, quamuis iure retentionis usus sit, restituendum esse, ne Caio ius *quæsitum* auferatur per retentionem.

Multo minus si hypotheca *feudalis* ob nouum debitum retineatur, *domino directo* aut *simultanee inuestitis*, qui non consenserunt in nouum debitum, retentio nocebit, neque ex substantia feudi, sed ex fructibus duntaxat, qui ad vasallum vel eius heredes pertinent, satisfiet creditori hypothecario, qui ob *nouum debitum* retinere velit hypothecam. *f)*

Ex his igitur satis credo, apparebit, in illa specie, quam *cap. II. circa finem* proposuimus, *soluta pecunia*, propter quam prædium obligatum fuit, creditori retentionem veteris hypothecæ nihil profuturam, sed propter legatum ex illo tempore, quo dies legati cesserit, nouam hypothecam a iudice constituendam fuisse, quod Augustissimus Saxoniae legislator clementissime concessit. *Ord. pr. Sax. rec. tit. 45. §. 4.* Ita liberabitur fundus debitoris, qui legatario commodius aliam securitatem præstare potest, ita cessabunt lites & controuersie, quas posteriores creditores hypothecarii aliquando mouere possent, si hypotheca antiquior retineretur.

§. V.

Non procul absumus a portu. Igitur vela contrahemus. Restant ^{Pupilli &}
 pauca, quæ in transcurso indicabo. Quia enim in hypothecas tacitas lega- ^{minores in}
 tiorum incidi, opportunum est, etiam de hypothecis pupillorum uxo- ^{bonis tuto-}
 rumque admonere. Hæ quidem propter summum fauorem pupillorum ^{rum atque}
 & uxorum, etiam ad futura debita, quæ tempore enatæ hypothecæ non- ^{curatorum,}
 dum extiterant, liberaliter & pleno effectu extenduntur. Primo videamus ^{uxores in bo-}
 de pupillis. His vero & omnibus aliis miserabilibus personis, quorum di- ^{nis mariti,}
 uitæ ab administratoribus reguntur, *bona administratorum ab initio statim* ^{hypothecam}
 obligantur. Quamuis enim a quibusdam dubitatum fuerit, utrum cogitari ^{veterem re-}
 possit hypotheca, si nihil adhuc debeatur; tamen placuit a tempore delatæ ^{tinere etiam}
 tutelæ, & in Saxonia a tempore confirmationis, tutorum & curatorum bo- ^{ob noua quæ-}
 na iure pignoris taciti teneri. *l. 20. C. de admin. tutor.* Audiamus augi- ^{dam debita.}
 stissimum Saxonie legislatorem: *Diemeil man aber gemeiniglich nicht so*
bald innen werden kann, wenn sich eigentlich die übele Verwaltung ange-
sponnen, und daher solches eine schwere Ausführung geben würde; So
wollen wir, daß das dingliche Recht von der Zeit ansahen solle, da einem
die Administration per confirmationem aufgetragen worden. Ord. Pr. Sax.
antig. tit. 45. §. 4. Vides, *nihil debere* tutorem atque curatorem dum a
 magistratu confirmatur. Neque enim facile admitteretur ad tutelam *debitor*
 aut *creditor* pupilli *Nov. 72. c. 1. 2. 3. & Decif. El. Sax. 34. & 35.* Sed
 miserabilium personarum fauore obtinuit ut *tacita hypotheca* semel enata
propter futura debita retineri possit, si quid tutor vel curator postea debe-
 re cæperit propter factum aliquod dolosum aut negligentiam in administra-
 tione rerum pupillarium admissam. *Protutorum* autem bona, qui absque
 confirmatione iudicis pupillorum negotia gesserunt, a tempore administratio-
 nis coeptæ propter debita futura obstringuntur. *Ord. proc. Sax. antig.*
tit. 45. §. 5.

A pupillorum tutoribus transeamus ad *matres* pupillorum. Constat
 enim, *uxoribus* etiam, propter *dotis* repetitionem, maritorum bona, iure
tacitæ hypothecæ, cum *prælationis* beneficio deuincta esse. Sed ius illud
 hypothecæ atque *omnia dotis priuilegia* tempore contracti matrimonii, &
 in Saxonia tempore copulæ sacerdotalis, acquisita esse iudicantur. *l. 1. D.*
qui potior. in pignor. const. el. Sax. 24. P. II. Vnum desideratur in Sa-
 xonia, ut *deinceps* probetur, *dotem* postea vere *illatam* esse. Es soll das
 Priuilegium dotis von Zeit der vollzogenen Ehe, und also, wenn der
 Kirch-Gang geschehen, jedoch, wenn die Mitgift folgendes oder zuvor
 wirklich eingebracht, und dasselbige bewiesen wird, seinen Anfang haben
 und

und gewinnen. *Const. El. Sax. 24. P. II.* Faciamus igitur, nonis Aprilibus uxorem domum deductam a Iauoleno, idibus Octobris hypothecam expressam Titio, auctoritate magistratus constitutam, mense Decembri dotem ab uxore numeratam esse; dubitari non potest, excitato concursu creditorum, uxorem Titio præferri quasi iure anterioris hypothecæ, tempore contracti matrimonii, nonis Aprilibus ob dotem futuram constitutæ. *Ord. Pr. Sax. antiq. tit. 43. §. 1.*

Hoc igitur iure utimur, ut, si dos postea illata sit, illam fingamus tempore contracti matrimonii illatam esse. Sed de augmento dotis postea illato dubitari posset, utrum hypotheca tacita, tempore contracti matrimonii enata, etiam propter augmentum illud retineri queat. Certe veteribus placuit, *augeri posse dotes* constante matrimonio, neque hoc augmentum nouæ dotis habere rationem, sed quasi dotis prioris accessionem aliquam eodem cum dote privilegio & iure in iudiciis censendum esse. GORDIANVS enim imperator *actionem ex stipulatu*, quæ ex pactis dotalibus oritur, & pro natura stipulationis strictam interpretationem admittere deberet, etiam ad dorum *additamenta*, quæ postea ab uxore illata sint, porrexit, *l. 8. C. de iure dot.* Sed obtinuit tamen, ab uxore, propter *augmentum* dotis, non priorem hypothecam tempore contracti matrimonii constitutam retineri posse, sed *nouam* tempore *illati* incrementi; ne quid mulierum calliditas in fraudem creditorum machinetur. *l. 19. C. de don. ant. nupt.*

Dum hæc scribo, nobilissimus KRAVSSIVS meus, respondens, cuius virtuti, doctrinæ & laudi, mirifice faueo, STATUTA patriæ suæ, ADORFII, nobilis oppidi, perlustranda mihi porrigit. Hæc olim longissima consuetudine introducta, deinde ab ipso serenissimo principe Dresdae die ultimo Febr. A. cl. lccc. confirmata, & in *contradicto iudicio* defensa, omnem de privilegiis dotium controuersiam felicissime tollunt atque auerruncant. Vxores enim mariti obaerati, priusquam dotem repetant, omnibus creditoribus mariti satisfacere iubentur. Formula statuti confirmati hæc est: Wenn ein Mann stirbt, und Schulden verläßt, soll des verstorbenen Weib oder hinterlassene Wittib ihrer weiblichen Gerechtigkeit oder Zubringens eher nicht sich anzumassen haben, es seynd denn des Mannes Schulden von ihrer beyder Vermögen zuvor bezahlt und abgetragen. Facile apparet, consuetudinem & statutum ab antiquissimis moribus Germanorum, qui uxores in bonorum omnium societatem & communionem admittebant, originem traxisse. Nam in societate *omnium bonorum*, quasi confuso utriusque coniugis patrimonio, aes alienum ex communibus bonis exsoluendum est. *l. 73. §. 1. D. pro soc.*

LXXVIII.
OBSERVATIONES
DE
SERVITVTIBVS
AD CERTVM MODVM
RESTRICTIS.

AD. L. IH. §. I. ET II. D. DE SERVITVTIBVS.

VITEMBERGIAE, AD DIEM DECEMBERIS. A. Q. S. P. EST CIOICCLI.

L. IV. §. I. ET 2. D. DE SERVITVTIBVS

Papinianus Lib. VII. Quaestionum.

Modum adiici seruitutibus posse constat, veluti, quo genere vehiculi agatur, vel non agatur; veluti, ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.

Interualla dierum & horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent, iure constitutæ seruitutis.

§. I.

Non omnis seruitus animo ingenuo & probo molesta & vituperabilis videtur. Hæc est delicatulorum quorundam mollitia, quod malint sibi *viue-* ^{Quædam} *re,* quam aliis prodesse. Quanto quisque est melior, tanto cupidius ad ^{servi-} *aliorum utilitates augendas & plurium ornamenta amplificanda* ^{ipfis seruien-} *animum ap-* ^{tibus incun-} *plicat,* atque hoc facit cum quodam *desiderio,* ideoque gaudet impensius ^{plenam signi-} *si non solum iose quam plurimis sit utilis, sed omnes etiam copiae & for-* ^{ficationem} *tunæ suæ multorum necessitatibus, honori, amplitudini, commoditati, in-* ^{habent. Re-} *seruire posse censeantur.* Non attingam illa *amantium studia,* quorum ani- ^{strictio ser-} *mos, quamvis impares, occulto quodam sensu naturæ, amor & desiderium* ^{uitutum non} *coniunctionis colligare solet &* ^{presumitur} ^{neque semper} ^{admittitur.}

— — — — sub iuga ahenea

Sacro mittere cum ioco g)

g) HORAT. I. od. 33. vers. 11. 12. & 111. od. 9. vers. 13. diductosque iugo co-
git aheneo.

M 2

His

His enim placet & iucundum est, etiam sceptrum & imperium dimittere *amoris causa*, ut blandius & amabilius in amicitias versentur:

— — — *Liceat Phrygio servire marito
Doralesque tuæ Tyrios permittere dextra h)*

Nimirum indignatur Thetis illa apud CATVLLVM, quod non confestim in vincula & in *seruitium* deducta sit a Peleo, cui ipsa olim maluerit

— — — *iucundo famulari serua labore i)*

quasi dulcius esset nomen *famulae* & ancillæ, quam sororis & amicæ k)

Sed hae quidem forte puellarum sunt ineptiae, quas ingenium depresso & obnoxium subinde ad *seruiendum* comparauit. Igitur audiamus matrem, qui

— — — *non turpe putat servire puellæ l)*

& in quaslibet *leges* se accipi patitur, m) dummodo iucunditate mutui amoris perfruatur. Imo vero intueamur in victorem terrarum orbis Herculem, Omphalæ, amoris causa, *seruientem*. n) Hic enim creditur

— — — *Infelix, scutica tremefactus habenis
Ante pedes dominae pertimuisse minas o)*

Hos quidem æstus aliquis & furor videtur perturbasse, ut *libertatem* proderent, sui que prorsus obliuiscerentur. Sunt autem quorundam ingenia naturaliter etiam promptiora ad *seruitium*, ut TACITVS obseruat, p) qui *emunt* & pascunt *seruitutem* suam, q) atque necessitatem *obsequii* pacem & requiem appellant, r) aut, consuetudine *seruitii*, etiam gratias agunt pro iniuria accepta, s) ideoque tunc demum vere beatos votisque suis se potitos esse credunt, cum ad quamuis indignitatem & quælibet dedecora pertracti sunt pusillitate animi sui & *voluntaria* quadam *seruitute*.

At vero etiam liberalia, ut diximus, & erecta ingenia non abhorrent a studio *aliis inseruiendi*. Cn. Octauio honori fuit, quod præclaram aedificasset in Palatio & plenam dignitatis domum, quæ *vulgo cupidius inuiseretur*. t) Gaudebant enim veteres, *domum* suam multis usui esse, & a multis frequentari. u) Eleganter M. TVLLIVS præcipit, in clari hominis *domo* aedificanda a domino non solum sui, sed etiam *aliorum* imprimis, habendam esse rationem, ut *hospites recipere* possit & hominum cuiusque modi multitudines admittere. Igitur haberi curam *laxitatis* iubet, ut non solum nostræ, sed etiam multorum, commoditati *inseruire* voluisse videantur. x)

Itaque

h) VIRGIL. IV. Aeneid. vers. 103. 104. i) CATVLL. carm. 65. pag. 119.
k) SEN. in hippol. act. 2. vers. 608. l) OVID. II. amor. eleg. 17.
m) Ibid. vers. 23. n) HYGIN. Fab. XXXII. o) OVID. epist. heroid. IX. vers. 81. 82. & vid. Propertius lib. III. eleg. 10. p) TACIT. I. anna. 2.
q) Idem. in Iul. Agric. vit. 31. r) Idem. IV. hist. 17. s) Idem. II. hist. 71. in fin. t) CIC. I. offic. 39. u) CIC. ibid. x) CIC. ibid.

Itaque dominis iucundum est aliquando, domum suam etiam aliis
seruire, ut

— — — ingentem foribus domus alta superbis

Mane salutantium rotis comat aedibus undam. y)

Haec sunt illa

— — — superba ciuium

Potentiorum limina, z)

quae & aliis, propter commoditatem aditus, omnino opportuna sunt, atque ipsum animum domini, propter hominum aemulantium & confluentium studia, iucundo quodam spectaculo oblectant nimirum, qui res & copias suas ad aliorum utilitatem accommodare cupiunt, quod studium natura plerisque bonis ingeniis indidit, illi beneficia, maxime obula & diutissime mansura, aliis praestare cupiunt, quod SENECA a) praecepit, ut illa se ingerant oculis, & ostendant atque commemorent auctorem suum, neque illius quemquam obliuisci patiantur. Sed nulla beneficia magis incurrunt in oculos, & auctorem suum collaudant, quam liberales illae seruitutes aedium & praediorum. Hae enim, si aliis publice seruiant, non solum domini, sed etiam aliorum gratia inprimis, comparata & ornata esse iudicantur. Hinc enata est illa quorundam in aedificandis villis humanior & popularis assiduitas, ut, quamuis plerique nolint turbari suos circulos, domumque clausam tutissimum sibi suffugium esse cupiant, tamen nonnulli villas peruias fecerint, portasque & ianuas illis imposuerint, & huic rei seruos ianitores praefecerint, qui populum transiturum loco commodissimo traducerent, ut, quo destinauerat, facillime per villam perueniret. b) Solebant etiam inter duos parietes itum & ambitum dare, eiusque latitudinem formula solenni in perticis aut lapidibus definire, quod ex marmoribus GRVTERI intelligitur. c) Certe inter alias commoditates iter, transitus & via, iucundissimae & in primis populares esse seruitutes censebantur. PAVLLVS etiam & PAPINIANVS docuerunt, testatores, qui bene mereri de legatariis voluerint, etiam ius transeundi per villas suas vicinis reliquisse & hoc legatum seruitutis plerumque plenum fuisse, hoc est, plenam & laxam significationem habuisse, ut commoditas ad quam plurimos perueniret, atque etiam successoribus deberi crederetur, nisi appareret, affectu singulari personae, ius itineris duntaxat paucis relictum esse. l. 6. D. de seruit. legata.

Interdum igitur faciliores domini fuerunt in seruitutibus recipiendis, ideoque benigna interpretatione voluntatem testatoris adiuuandam esse, magistri artis nostrae iudicarunt, si seruitus viae aut itineris relictæ esset per

M 3

præ-

y) VIRGIL. II. georg. vers. 463.

z) HORAT. epod. 2. vers. 7 8.

a) SENECA. I. de benefic. cap. 12.

b) SIGVL. FLACCVS de condit.

agrorum cap. de agris diuisis & assignat. apud Goesium inter scriptores rei

agrariae p. 29. c) GRVTER oper. inser. tom. I. p. 200. n. 8.

prædium defuncti. Hoc eo porrexit PAVLLVS noster, ut, quamvis stricto iure, *ususfructus itineris* aut viae relinqui non posset, tamen, si hoc factum esset a testatore, heres *incerti actione* compelli posset ad servitutem viae aut itineris, quamdiu legatarius viveret, præstandam. *l. 1. D. de usu & usufr. & redit. legato.* Diligentissimi fuerunt omnes fere prudentes in legatorum interpretatione, quibus testatores prædia sua *servitutibus* subinde onerarunt; ut appareat, frequentissimum fuisse hoc genus beneficii, quo *servitutes liberaliter* concedebantur. Quoniam vero, ex SENECAE præcepto, beneficia inprimis diu duratura, & quæ per longum tempus memoriam auctoris sui repetant & inculcent, libentissime tribuere solemus; *d)* de *balneis* inprimis, quæ quis in *suo solo* fecisset ad communem utilitatem plurimum, aut de *aqua* in suo solo aperta & præstita, aut aquæ ductus servitute, qua quis prædium suum in *gratiam municipum & vicinorum* oneraverit, domini fundorum in marmoribus antiquis gloriati sunt; quasi ad honorem suum pertineret liberalis illa concessio servitutis, quæ pluribus profutura esse videretur. *e)* Sed, ut antea monui, in primis *itinerum & viarum refectio & præstatio* per *solum suum* dominis honori fuit, tantoque maiori ornamento, quanto minus vicini illa commoditate carere posse crederentur, & quanto gravior subleuatio laboris, quo iter facientes in profectioe per vias longiores & asperas affligebantur. *f)* Nihil denique ad gloriosam memoriam posteritatis accommodatius, quam si *bibliothecas* instruerent & aperirent domi suæ ad usum omnium bonorum, aut si *aquam & augmentum aquæ*, quo tota vicinia gauderet, ex suo fundo darent, *g)* aut si *porticus* ædificarent ambulationis causa, *h)* aut si *pontes* reficerent, *i)* *aggeres* munirent, ut periculum comitantibus abesset, *k)* quod vetera marmora testantur. *l)*

Gaudemus igitur, si sufficiant copiæ nostræ, ut etiam aliis *servire* atque utilitatem aliquam pluribus communem procurare, & ipsi post mortem etiam bene de posteris mereri, nostrique memoriam quotidiano usu beneficii a nobis profecti, quam pluribus commendare & commendatam relinquere possimus. *m)* Sed quanto quisque est providentior, tanto diligentius cauet, ne corrumpat gratiam beneficii sui, quod SENECA admonuit, *n)* ideoque colit & perficit, atque ad exitum perducit & absoluit, quod a se institutum est, si M. TVLLIO credimus, *o)* illudque cumulo quodam auget, *p)* & cum cura quadam enititur, ut *quam plenissime* beneficium suum ad illos per-

d) SENECA I. de benefic. c. 12.

e) GRUYER. oper. inscript. t. I. p. 174.

n. 8. id. t. I. p. 441. *n.* 3. id. t. I. p. 180. *n.* 6. & p. 181. *n.* 6. *f)* Idem. oper. inscript. t. I. p. 158. *n.* 9. & p. 159. *n.* 4. p. 151. *n.* 2. 4. p. 149. *n.* 1.

g) Id. eod. pag. 176. *n.* 1. & t. I. pag. 232. *n.* 1. *h)* Id. t. I. p. 65. *n.* 3.

i) Id. t. I. p. 161. *n.* 1. *k)* Id. t. I. p. 163. *n.* 8. *l)* vid. BARN.

BRISSONIVS de formulis & solenn. pop. romani verbis lib. VIII. c. 39. p. 706.

m) SENECA I. de benefic. cap. 12. *n)* SENECA VI. de benefic. cap. 4. 5.

o) CICERO II. de finibus cap. 32. *p)* Idem. XIII. epist. 62.

perueniat, quorum utilitati consulendum esse iudicauit. Neque vero facilius ulla re *corrumpimus* & deprauamus beneficii *gratiam*, quam si illud *parcius* & *cum iniuria* quadam tribuimus amico, ^{q)} aut ita ex illo undique aliquid detrahimus decerpimus, ut appareat, nos vel *inuitos* beneficium dedisse vel certe noluisse, ut alter illo *penitus* perfrueretur, *odiosa* sunt *dimidiata* illa beneficia, quæ partem aliquam utilitatis continent, sed, subtrahita parte altera, vel prorsus inutilia sunt, vel certe non iucunda, ideoque nec amicos pariunt, nec tollunt inimicos. Scitissime HERENNIVS PONTIVS, apud T. LIVIVM, a Samnitibus consultus, quid de exercitibus Romanis, ad *furculas caudinas* inter duos saltus clausis, atque in Samnitium potestatem penitus delapsis, constituerent, respondit: omnes aut interficiendos, aut inde quam primum *inuiolatos* & *honestissime* dimittendos esse: hoc postremo consilio pacem & amicitiam *plenissimo* beneficio adstrictam cum potentissimo populo firmari posse: *mediam viam*, ut dimitterentur quidem, sed cum *ignominia*, aut cum legibus & conditionibus, quas victores victis imponere soleant, eligi non posse. Conditionem enim & ignominiam adiectam effuguram esse, ait, ut magis *ignominie* Romani, quam *beneficii*, recordarentur. ^{r)} Itaque non solum liberaliter, sed, si gratiam inire volumus, etiam cum *pleno fructu*, sine conditionibus & sine *restrictione* odiosa, tribuere beneficia solemus. Eandem rationem etiam in *servitutibus*, quas beneficii causa constituebant, plerique veterum secuti sunt, ne gratiam detraherent beneficiis. Ita, qui *balnei* usum municipibus reliquerat testator, plerumque etiam iubebat oleum dari lauantibus, ut balneo iucundius & cum *plenissima* utilitate fruerentur. ^{s)} Ita, qui libertos quosdam, post mortem suam, *ibi senescere* voluerat, ubi viuo testatore morari erant, secundum SCAEVOLAM, omnia censebatur ipsis reliquisse, quæ viuus præstare solitus fuerat libertis; ut non solum senescerent, sed etiam gauderent *plenissimo* fructu eiusdem felicitatis, quam viuus ipsis tribuerat testator l. 33. §. 1. 2. D. de usu & usufr. & reddit. legat.

Certe non *præsumitur restrictio* servitutis liberaliter concessæ, nisi luculenter appareat, quod decerpere aliquid voluerit dominus de iure servitutis. Hæc interpretatio servitutis etiam PAPINIANO placuit, ut, qui *ius transeundi* per ædes suas feminae legauisset, etiam marito eius illud reliquisse censeretur; ne, marito seiuncto & remoto, tristius sit beneficium per ædes transeundi. l. 6. D. de servitute legat. Imo vero, ut antea attigimus, *plenum* esse iudicatur legatum itineris, ut etiam ad successores pertineat, nisi aperte adiectum sit, quod affectione quadam ad personæ usum duntaxat servitutem restringere voluerit testator. Hoc est, quod PAULVS noster ait, verba, *dandi* & *restituendi*, habere *plenam significationem*,
ut

q) SENEC. VI. de benefic. c. 4. §. TER. op. inscript. 1. p. 376. n. §.

r) LIVIVS IX. 2. §. GRV-

ut omnia, quæ ad illam rem pertinent, comprehendi videantur, nisi, aliud actum esse, luculenter doceatur. *l. 38. §. 4. D. de usur.* Idem etiam CELSVS observauit, ut, si seruitus *simplicius*, hoc est, *sine restrictione* ad certum modum, alicui cedatur, illa in *infinitum* seu *plena significatione*, nullis finibus propositis, quibus natura communis seruitutum immutetur, constitui & relinqui videatur. *l. 9. D. de seruitut.*

Seruitutes igitur, quæ *per modum beneficii* concessæ sunt, plerumque *plena significatione* ita accipiendæ sunt, ut *nihil excludatur*; sed multo magis, quæ *titulo oneroso*, & mutuis præstationibus promissis, acquiruntur. Solemus enim *emere* seruitutes aut in venditionibus *reservare*, aut *permutatione* in nos *transferre*, aut pactione illas constituere, quod LABEO, GAIUS, IULIANVS, observauerunt *l. 19. D. de seruit. l. 5. D. de seruitut. l. 34. D. de seruit. præd. urban.* Haec lex traditionis appellabatur, si prædia ex aliis contractibus hac lege traderentur, ut alter fundus alteri *seruiret*, quod AFRICANVS *l. 33. D. de seruit. præd. rust.* & ULPIANVS *l. 6. D. commun. præd.* atque ex his BARN. BRISSONIVS ¹⁾ cum cura docuerunt. In illis enim negotiis, quæ *iuris gentium* dicuntur, *bona fides*, quæ sola maxime commercia hominum & mutuas præstationes regit, efficere videtur, ne quicquam de *plena significatione* seruitutis detrahatur. Vnum SABINVS atque CELSVS notauerunt *l. 9. D. de seruitutibus*, *tacite* plerumque etiam in *pleno sermone*, si seruitus *simpliciter* concessa & relicta sit, illud *exceptum* videri, ne quis *inciuiliter* seruitutibus utatur, neue illas cum magno prædii seruientis detrimento exerceat, cum posset ex illis eundem fructum capere, cum minori incommodo villae, in qua seruitus præstatur. Recte enim observat PLINIVS noster, quod rebus amicorum non modo uti possimus, ut nostris, sed illis etiam, non secus ac nostris *parcere* omnino debeamus. ²⁾

Igitur, si *nihil nominatim excepimus*, neque is, cui seruitus relicta est, illa inciuiliter utatur, *plenum* ius seruitutis ad dominantem pertinere iudicamus. Eleganter PAVLLVS noster multa in seruitutibus administrandis permittenda esse dominanti ait, quæ ex recepta & definita seruitutum natura fluant atque deriuentur, nisi aliquid *nominatim* immutatum sit de natura communi seruitutum *l. 20. §. 5. D. de seruitut. præd. urb.* Ita stillicidium simpliciter *altius tolli potest*, quamvis vicinus nouum aliquod incommodum exinde sentiat; quandoquidem semel interpretatione receptum est, ut *liceat stillicidium altius tollere*, ideoque dominus prædii seruientis, si quod ex illa re incommodum timuisset, in constituenda seruitute debuisset excipere, ne stillicidium altius tolleretur. Hoc enim præses alio loco com-

¹⁾ BRISSONIVS de formulis l. VI. c. 145. p. 528. seq. ep. 28.

²⁾ PLIN. VI.

probavit. *) Opportune IULIANVS in mentem venit, qui in foro *interpretationis* maxime hunc fructum esse ait, ut *certius* aliquid constituamus, a quo discedere non possimus, nisi quida contrahentibus *nominatim* immutetur. l. 2. D. de legib. Imo vero PAVLLVS abscisse negat, inmutari posse sententia iudicis, quæ interpretationem *certam* habuerunt, l. 23. D. de legibus, neque NERATIVS patitur, ut, quæ *certa* sunt, interpretatione subuertantur. l. 21. D. de legibus. Sed VLPIANVS quidem, auctoritate Q. MUCII & POMPONII, hoc etiam in *seruitutibus* obtinere, ait, ut, quæ semel *recepta sint*, dominanti permissa esse censeantur, quamuis molesta sint domino proprietatis. Ex hoc enim fonte deducitur, quod, si *viduæ* usus aedium relictus sit, illa etiam cum marito, cui postea nupserit, & cum liberis & mercenariis & libertis in aedibus illis habitare possit. l. 4. D. de usu & habitat. Ita nuper mense Octobri anni prioris *ICtis* VITEMBERGENSIBVS visum est, cum domina proprietatis anxie conquereretur de vidua quadam cui promiserat habitationem, sed quæ paullo post maritum cum tribus liberis induxerat in aedes illas, ut simul cum ipsa habitarent. Clamitabat domina proprietatis, se nunquam viduæ habitationem in aedibus suis promissuram fuisse, si praeuidisset, quod illa nuptias cogitaret & maritum inductura esset. Probabile erat, quod non fuisset concessura habitationem aut usum aedium suarum, si nuptias illas praeuidere potuisset. Sed respondimus: hanc esse *definitam usum aedium* naturam, ut femina usuaria matrimonium inire & cum marito & parentibus & socero & liberis ac libertis habitare possit in illis aedibus, quarum usus ad illam pertineat. l. 4. & 6. D. de usu & habit. Ideoque dominam proprietatis, cum haec omnia nominatim non exceperit, *plenum* omnino usum aedium viduæ, quæ postea nupserit, concedere debere, quamuis nouo & prorsus insigni incommodo afficeretur post illas nuptias, quas ipsa se nunquam dicebat praeuidisse. Sed de hoc argumento praeses proxime luculentius exponet. Certe generaliter in iuris interpretatione non ad ea, quæ *raro* accidunt, sed ad ea, quæ plerumquæ eueniunt, animum aduertere solemus; l. 5. 6. D. de legib. ut sufficiat, *plerumque* innoxiam esse seruitutem, quamuis *interdum* cum magno incommodo coniuncta esse possit. Ne diu te retineam, abscisse PAVLLVS noster profitetur, iudicem non semper *strictius* interpretari seruitutes, sed *utilitatem* sequi in praedii dominantis iuribus definiendis, ut, si *aequitas* aliquid exigat, interpretatione suppleatur. l. 20. §. 2. 5. D. de seruit. praed. urban. Imo vero tantum abest, ut *faueamus restrictioni* seruitutis, ut etiam *amplificari* soleant subinde consensu & voluntate domini, & pro angustiore via latior illa concedi, & nihilominus prior seruitus, quamuis auctior, retenta esse videatur. l. 9. §. 1. D. si seruit. vindicet.

Non

*) PRAESES dissert. stillicidium altius tolli posse cum incommodo vicini.
Fasc. IX. N

Non igitur semper inuidemus seruitutem isti, qui eam vel sibi vel praedio suo acquisiuit, sed liberaliter interpretatione illam adiuuamus. Nimirum, cum ab initio subinde dubitarent interpretes, & solcite cauerent, ne onerentur nimis praedia, quae seruitutem receperant; tandem *disputatione fori & interpretatione*, ut diximus, pleraeque seruitutes *certam* omnino *formam* acceperunt, quam secuti sunt interpretes, etiamsi verbis contrahentium non omnia expressa essent. Sufficiebat enim, quod expressa *pactione non restricta* esset seruitus, neque finibus augustioribus circumscripta.

At vero video, quid te pungat, & efficiat, ut nondum consentias mihi, seruitutes liberalius interpretanti. Inuocas enim PAVLLI, VLP IANI & POMPONIUM fidem, qui conditionem seruientis *leuiorem*, non *grauio-rem* aut *durio-rem* ac *deterio-rem*, fieri, sed eandem conditionem, *quae ab initio fuerit*, perpetuo seruari debere, omnes uno ore praeeperunt. l. 20. §. 5. & l. 24. D. de seruit. praed. urb. l. 6. §. 7. D. si seruit. vindic. l. 20. D. p. de seruit. praed. rust. Sed nihil perturbor, neque moueor, ut a sententia discedam. Hi enim, quos commemorasti, interpretes de illis speciebus accipiendi sunt, in quibus dominus praedii dominantis vel ultra *formam definitam* seruitutis, vel contra restrictionem seruitutis, *pactione* expresse adiectam, sibi aliquid sumere ausus est cum damno seruientis. Hoc enim si accideret, *bona fides* non patiebatur ius quaesitum seruienti auiditate & iniuria vicini extorqueri. Ceterum satis, credo, comprobarum est, *plenam* fuisse *significationem seruitutis* constitutae, nisi illam *pactione restrictam* esse, luculenter appareret.

Neque vero *pactione* semper efficaciter *restringi* seruitus poterit, si intelligatur, mera inuidia & inani timore vicini restringi seruitutem, aut certe omnem utilitatem, quae ex seruitute sperari posset, intercipi inepta & superuacua *restrictione*. Scite & prouidenter POMPONIUS ait, frustra restringi iura nostra *pactionibus*, si *vicini non intersit*. l. 15. pr. D. de seruitut. Ex eodem fonte deductum est, quod nec via loco tam angusto circumscribi queat, ut in illa vehiculum agi non possit. POMPONIUS enim docuit, *viae* seruitutem non admittere illas angustias inanis *pactionis* l. 13. D. de seruitut. Hoc est, quod & *indiuiduus viae* usus semper esse debet, & quod *via* etiam a pluribus promissoris heredibus, quamuis diuisa hereditate, tamen *tota* & semper *solida* petatur, cum diuidi non possit, l. 17. D. de seruitut. Intellexit illud MODESTINUS, qui negauit valere *ademptionem*, si via in testamento *pro parte adimatur*, cum inutilis sit via, cuius pars ademta sit, ut duci vehiculum non possit l. 11. D. de seruitut. Et hoc videtur etiam PAPINIANUS probauisse l. 34. D. de seruit. praed. rust.

§. II.

Liberaliter igitur interpretamur seruitutes, quæ *certam ac definitam* ^{Seruitutes} *formam* acceperunt, neque inuidis aut ineptis & superuacuis *seruitutum re-* ^{ad certum} *strictionibus* fauemus, ne gratia & utilitas beneficii restrictione corrumpatur. ^{modum ad-} *Sed profecto tamen necessitates quædam aliquando interueniunt, quæ exige* ^{stringi pos-} *re videntur, ut modum imponamus liberalitati nostræ, quæ, si profusa fu-* ^{sunt. Seruitu-} *erit, ipsis etiam dominis omnem fructum iucunditatis interuertit. Multi* ^{res reales ad} *enim neque omnium rerum societatem ferre possunt, neque omni* ^{certas perso-} *tempore & loco omnia cum aliis communicare; sed, pro modulo & copia* ^{nas inter-} *suarum facultatum, adstrictas & ab aliis separatas rationes desiderant, ut* ^{dum restrin-} *ipsi rebus suis perfruantur. Quæ cum ita sint, PAPINIANVS obtinuisse* ^{guntur in-} *ait, ut modus adici possit seruitutibus, ne pleno iure debeantur, & definiri* ^{primis ad} *in seruitutum atque inprimis in viæ constitutione queat, quo quis genere* ^{temporis in-} *iumenti aut vehiculi utatur, vel ut certum pondus duntaxat transuehatur,* ^{terualla.} *vel certi greges pecudum agantur. l. 4. §. 1. D. de seruit. Sed cum ea sit* *natura beneficiorum, ut, affectione personarum inprimis, pro meritis cu-* *iusque tribuantur; maxime ad certas duntaxat personas restringi subinde* *usum seruitutis placuit, ne sit usus promiscuus, neue ipsa utentium fre-* *quentia vilescat. Idem enim PAPINIANVS ius transeundi per ædes testa-* *toris filiæ duntaxat affectu personæ concessum commemorat, a quo extranei* *& successores excludantur l. 6. D. de seruitut. legat. PAVLLVS illud et-* *iam in æquæ ductu obseruauit, ut interdum aqua personalis duntaxat, hoc* *est, usus aquæ ad certam personam restrictus concedatur. l. 37. D. de ser-* *uit. præd. rust. Eandem rationem etiam veteres in iure pascendi seruaue-* *runt, ut, si hoc colono, qui prædium non haberet, concessum esset, per-* *sonæ tantum, non successoribus, ius illud tributum esse censeatur l. 32. D.* *de usufr. & quemad. NERATIUS obseruat, ius pascendi etiam ad bo-* *ues unius personæ, qui proximum agrum ararent & colerent, restringi* *posse l. 3. pr. D. de seruit. præd. rust. Non omitam VLPIANVM,* *qui vias vicinales habet, priuatorum quorundam collatione constitutas, per* *quas aliis, qui nihil contulerunt, commeare non permittitur, l. 2. §. 22.* *D. Ne quid in loco publ. Idem in agris centuriatis, SICVLVS FLAC-* *cvs, obtinuisse, ait, viamque necessariam in medio relictam, & commu-* *ni sumtu munitam fuisse, neque tamen, ut uniuerso populo in illa liceret* *commeare, sed his solis, qui non potuerint aliter ad agros suos peruenire.* *y) Inprimis in sepulchrorum legibus hoc obseruatum est, ut itus, ambitus,* *aditus non promiscue omnibus, sed uxori duntaxat, aut liberis libertisque,* *aut posteris eorum, omni tempore permitteretur. z) Non hoc alienum est*

N 2

a no-

y) SICVLVS FLACCVS de condit. agror. p. 9. & 10. apud Goesium inter scrip-
tores rei agrariæ. z) GRVT. oper. inscr. t. II. p. 964. n. 2. t. I. p. 560.
n. 5. t. I. p. 662. n. 5. tom. II. p. 798. n. 6. tom. I. p. 611. n. 15. tom. II.
p. 827. n. 5.

a nostris moribus, cum plerisque in locis membra uniuersitatis viam *funerariam*, qua ad sepulchra & cœmeteria peruenitur, einen Leichen-Damm, communi sumtu faciant & reficiant, sepe etiam aut palis atque claustris & obice, mit einem Schlag-Baum, muniant ad excludendos alios, quibus non permissum est funus ibi ducere ad sepulchrum.

Igitur viarum etiam & itinerum usus ad *certas* tantum personas propter utilitatem aliquam *restrictus* est. Alio iure utebatur prisca gens mortalium, si *SENECAE* fides est, cum ipsa *iustitia* adhuc terras regeret & imperio praeesset. Tunc enim

Non arua gentes cingere assuerant, suas

Muris nec urbes. Peruium cunctis iter. a)

Sed, ut diximus, obtinuit, seruitutes, etiam reales, quæ alias prædiis vicinis simpliciter debentur, atque ad omnes successores pertinent, ad *certas* tantum *personas*, exclusis aliis, restringi. Enim vero *gratiora* sunt beneficia, quæ *paucis* damus. Certe Alexander Macedo, qui, animo supra humana omnia elatus, nihil se satis dignum iudicauit, a Corinthiis *ciuitate donatus*, primo derisit donum, quasi vulgare & cum pluribus communicatum, sed libens gratusque accepit, cum audiret, hunc honorem nemini, quam sibi & Herculi, delatum esse. b)

Habes præcipuum genus restrictionis, quo seruitus ad quarundam tantum personarum utilitatem constituitur. Sed subtilitas parsimoniae etiam multis aliis cautionibus prospexit, ne *plena seruitus* perueniat ad dominum prædii vicini. *NERATIUS* apud *VLPIANUM* habet seruitutem syluæ caeduae, sed ita circumscriptam, ut ex illa duntaxat *pedamenta ad vineam*, nihil amplius, petere liceret, l. 3. §. 1. *D. de seruitutibus præd. rust.* Est etiam seruitus *tugurii*, quam *PAVLLVS* ex *MAECIANO* obseruauit, sed ad *hunc solum usum* data, ut, si hyems ingruat, dum pecudes in pascuis aguntur, vicinus habeat, quo se recipiat, & ubi tantisper delitescat. l. 6. §. 1. *D. de seruit. præst. rust.*

Non dicam de itineribus & *viis*, quæ ad *unum & certum* duntaxat *locum* perducebant. Has enim seruitutes ipsa videtur natura aut alia quædam necessitas ad *hunc solum usum* adstrinxisse.

Hic locus est, partes ubi se via findit in ambas,

Dextera, quæ Ditis magni sub mœnia tendit,

Hac iter Elysium nobis: at læua, malorum

Exercet poenas, & ad impia tartara mittit c)

Vix attinet adiicere *VIAM CASPIAM*, d) *HOSTIENSEM*, e) *NOMENTANAM*, f) *CAMPANAM*, g) *viam BEDRIACENSEM*, quæ *BEDRIACUM*

a) *SENECA* in *Octau.* act. 2. vers. 411.

b) *SENEC.* l. de benefic. cap. 13.

c) *VIRGIL.* VI. *aeneid.* vers. 535.

d) *TACIT.* VI. *annal.* 33.

e) *GRV-*

f) *Id.* t. I. p. 439. n. 5.

g) *Id.*

tom. I. p. 611. n. 13.

CVM, *b)* & viam APPIAM, quæ Brundisium *i)* ducebat. Hæ enim omnes ita definitæ & septæ erant, ut principaliter *unius* modo profectiois causa frequentarentur. Fere mihi exciderat cælestis illa via,

Lactea nomen habet, candore notabilis ipso.

Hac iter est superis ad magni tecta tonantis k)

Cum hac comparari potest alia, qua Germani in pagis sæpissime utuntur. Si enim plurium pagorum aut vicinorum incolæ ad alium pagum, statis temporibus, *sacrorum causa* commeare solent, nostri eingesparte Dörfer appellant, ubi alia via commodior non pater, *viæ parochiales*, Kirch-Wege, auctoritate ecclesiæ aut patroni, aut consistorii, aut parochianorum collatione, aut pactionibus constituuntur, quas attingere non licet, nisi sacrorum causa, & quas domini *occludunt*, ne temere ab omnibus, neque omni tempore, plaustris & vecturis corrumpantur. Nuper, circa finem superioris anni a ICrus Vitembergensibus tractabatur eiusmodi species, cum via ad aedem sacram domino remotioris prædii per ipsam villam prædii vicini, sed cum restrictione ad hunc solum usum, ut vicinus rheda *ad templum* cum suis vehi posset, concessa erat. Post aliquot tempus vicinus etiam greges suum illa via per eandem villam agere audebat, ut commodius ad agros & pascua loca perveniret. Inuocabat ille fidem *VLPIANI*, quo teste, illi, qui viam habet, per eundem locum etiam iter & actus concedi solet; quasi iniustum videretur, ei, qui *plus* & ipsam viam habet, illud, quod *minus* est actum & iter denegari. *l. 1. pr. D. de servit. præd. rust.* Sed repulsus est vicinus, qui, cum magna servientis iniuria, beneficium viæ liberalitate domini concessum, sed ad *usum* duntaxat *sacrorum*, diligentissime restrictum, manifesta cavillatione, ad usus sordidos atque in villa domini intolerabiles trahebat.

Opportune enim in mentem venit, servitutes etiam ad *temporum intervalla* arbitrio domini aut contrahentium restringi. Docuerunt hoc *GAIUS*, *NERATIUS*, & *PAPINIANUS*, usum servitutum *temporibus* discerni posse, veluti, ut quis post *horam* tertiam usque in horam decimam aliquo iure utatur, vel *alternis diebus* usurper servitutem, *l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. D. de servit.* ut etiam aquæductus ex eodem loco diversis personis & *diversis temporibus* recte concedatur. *l. 2. §. 1. 2. D. de servit. præd. rust.* *IULIANUS* etiam auctor est, ipsum quoque usumfructum *alternis mensibus* aut *annis* dari posse *l. 34. pr. D. de usufr. & quemadm.* *PAVLLUS* vero notavit, aquæ servitutem ita constitui, ut vel *vno mense* vel *æstate tantum* ducatur. *l. 7. D. quemadm. servit. amitt.* itemque *aquam* aut *nocturnam* duntaxat, aut *diurnam*, diversis temporibus & diversis causis acquiri posse, ideoque nocturnam & diurnam aquam duas esse & diversas servitutes, & alteram sine altera, nocturnam, si quis diurna duntaxat usus sit, aut

b) *TACIT.* III. histor. 27.
morph. vers. 169. 170.

i) *Idem* II. annal. 30.

k) *OVID.* I. meta-

aut diurnam, si quis tantum nocturnam aquam duxerit, amitti posse. *l. 17. pr. D. de aqua & aq. pluui. arc.* Generaliter enim receptum est, ut, si quis alia aqua usus sit, quam de qua conuenerit in seruitute imponenda, hoc est, si aquam *alio tempore* duxerit, quam dominus permiserit, seruitutem *amisisse* videatur. *l. 18. pr. D. quemadmod. seruitut. amitt.* Imo etiam interdum necessaria est *temporis* adiectio, ut in *itinere* per *urbana prædia* inprimis. *Iter* enim per villam *interdiu* duntaxat conceditur, ut ianua villæ *noctu* occludatur. Hoc enim IULIANVS obseruauit, *l. 14. D. commun. præd.* Eleganter etiam VIVIANVS admonuit, si quis *non omni tempore*, sed tantum *tempestate pluuiæ*, cum via publica uti non posset, per agrum vicini iter facere ausus fuerit, quamuis frequenter hoc fecerit, illum tamen ne *possidere* quidem ius viæ aut itineris. *l. 1. §. 6. D. de itin. act. priu.* Quod habet rationem; cum non *iure seruitutis*, sed quasi *iure necessitatis*, attigerit prædium vicini. Nostri illas vias, quæ tempestatis & viæ publicæ vitandæ aut vectigalium comparcendorum causa a proficiscentibus quærantur, *Bey- und Schleiff- Wege*, appellant, a quibus aurigæ, ne vectigalia & tributa minuantur, sub poena confiscationis mercium aut currus & equorum iubentur abstinere. ^{l)} Veteres eiusmodi viam iter *secretum*, ^{m)} *insuetum*, ⁿ⁾ *perplexum*, ^{o)} *negatum*, appellarunt. Enim vero

Virtus, recludens immeritis mori

Cochum, negata tentat iter via p)

Sed ut ad vias secretas & prohibitas reuertamur, illud expeditum est, magistratum, cui *ius conducendi*, das *Geleite*, competit, si admonuerit iter facientes, ne illa via commeari audeant, modo nulla insignis culpa a magistratu commissa sit, de damno, proficiscentibus, in *via insueta & prohibita* illato, non teneri. Ipsa enim *lex imperii*, quæ magistratus ad *damni reparationem* obligat, hoc ad vias *regias & consuetas*, auf die *Geleits-Strassen*, verbis luculentissimis restringit. Daß derjenige, so auf der Obrigkeit *Geleits-Strassen* ergriffen und beschädigt, die Erstattung seines Schadens von demjenigen, so ihm solch *Geleite* gegeben, zu fordern befugt seyn solle. ^{q)} Nihil igitur conqueri potest, qui damnum in *uia insueta* accepit, si *negata & interdicta* est via, in qua vis ipsi est illata. Ceterum dominus territorii subinde, ut breuiore via ad locum destinatum perueniri possit,

^{l)} Gräsenhännische Geleits-Tafel den 15. Nov. de an. 1718. §. 19. in codice Augusteo. tom. II. p. 1158. mandatum Dresd. d. 6. Aug. an. 1668. in codic. Aug. t. II. p. 1178. it. p. 1170. 1172. 1173. seq. ^{m)} HORAT. I. epist. 18. vers. 103. ⁿ⁾ VIRGIL. V. aen. vers. 435. ^{o)} Idem IX. æneid vers. 396. ^{p)} HORAT. III. od. 2. vers. 21. 22. ^{q)} RECESS. imperii Augustanus de an. 1559. §. 34. ARVMÆVS ad auream bullam. p. 43. §. 22. RVMELINVS ad auream bullam. p. 37. §. 8. Petrus a LVDEWIG in Erklärung der Söldnen-Bulle tom. I. tit. I §. 16. litt. u. p. 165.

fit, quasdam vias infueras munire, & priuatis permittere potest, ut, omiffa via regia, per *vias compendiaras* commigrent.

Plerumque ab illis, qui iter faciunt per *vias extraordinarias*, pecunia, *refectioni destinata*, ein *Plaster- und Weg-Geld*, etiam sine imperatoris & principum electorum collegiali consensu exigitur; quamuis *noua vectigalia* sine illo consensu mercatoribus imponi non possint. ^{r)} Sed excusari posse videtur illa exactio; cum prohibitio *nouorum* vectigalium ad illas exactiones pertineat, quibus libertas commerciorum perturbatur, non ad has, quibus nouæ proficiscentium commoditates, magno impendio comparatae, compensantur. ^{s)}

Placuit igitur etiam per interualla temporis concedi seruitutes. At vero singulare est in seruitutibus, quæ per temporis interualla restringuntur, ut, qui non iusto interuallo, sed alio tempore, usus sit tali seruitute, istam amisisse censeatur. *l. 10. ff. 1. D. quemadm. seruit. amitt.* Contra, in aliis *restrictionibus* seruitutum, si quis *modum* pactione definitum *excesserit*, veluti, si quis *latiore* via, quam conuenerat, usus sit, MARCELLVS docet non amitti seruitutem. Scilicet multum interest, utrum quis modum duntaxat excedat, an prorsus alio tempore, quam dominus concessit, utatur seruitute. Enim vero, qui modum excessit tantum, *plus* sibi sumsit, ideoque etiam *minus*, hoc est, *iustum modum seruitutis restrictæ* omnino usurpasse iudicatur. *l. 11. pr. D. quemadmod. seruit. amitt.* Qui autem *alio tempore*, quam conuenerat, seruitute usus est, non suo, sed prorsus *alio & diuerso* iure usus videtur, & hinc merito excidit illa seruitute, quam in *aliud tempus* ausus est transferre.

Hoc igitur iure utimur in *temporis interuallis* iudicandis. Sed, priusquam hinc discedam, meretur obseruari discrimen illud, de quo SERVIVS & PAVLLVS disputarunt. *l. 7. D. quemadmod. seruit. amitt.* Nimirum longe alia est ratio seruitutis, quæ *alternis annis* vel *mensibus* competit, & quæ *alternis diebus* vel *horis* concessa est. Haec enim postrema species *una & continua* videtur esse seruitus, cum exiguum interuallum dierum aut horarum, quibus seruitus impeditur, non multum mutare usum seruitutis iudicetur. Qua re efficitur, ut hæc seruitus, una praescriptione, *non utendo* per tempus lege definitum, amittatur. Verum, si per *annorum & mensium* interualla seruitus distinguatur, hoc est, *alternis* tantum *annis* vel *mensibus* seruitute uti liceat, aliam rationem sequimur. Hanc enim quasi *duplicem* seruitutem placuit *duplicati* demum *temporis* praescriptione interuerti. *d. l. 7. D. quemadm. seruitut. amitt.* ^{t)} Idem PAVLO de usufructu

^{r)} Capitulatio nouiss. Francisci. Art. 8. ^{s)} VID. BURGOLD. ad instrum. pac. part. III. disc. 15. & vid. Petrus a Ludewig in Erläuterung der Guldeneren Bul. le tom. I. tit. 9. ad §. 2. & 3. p. 882. ^{t)} vid. GERARD. NOOD. in comment. ad pand. l. VIII. tit. 6. p. 224.

fructu visum est, qui *alternis annis* relictus sit, ut non *unus*, sed multiplex ususfructus esse censeatur pro numero annorum. *l. 13. D. de usu & usufr. legat.*

§. III.

Servitutes ad certum locum restringuntur arbitrio iudicis, inprimis aurigis postarum a via regia discedere & in viis privatis impedimenta removere licet.

Satis comprobatum est, propter necessitates domini, qui secum habitare & copias suas nosse debet, *restringi* interdum servitutes, ne intolerabiles fiant, & prædii utilitatem intervertant. Haec necessitas exigit, ut servitutes, *reales* inprimis, & *infinite*, quae per totum prædium compediunt, ad *certum locum adstringantur*. Quamvis enim *itineris & viae servitutes* præcipue per *totum agrum* ita diffusae sint, ut *omnes glebae serviant*; tamen IAVOLENVS docuit, *arbitrum* dandum esse, qui iter aut viam, si dubitetur, *determinet* & certis finibus includat, ut libere fiant ceterae fundi servientis regiones *l. 13. §. 1. 3. D. de servit. praed. rust.* Imo vero, si testamento relictæ sit servitus itineris aut viae, PAVLLVS heredi permittit, ut *locum eligat*, in quo concedat itineris aut viae servitutem. Hoc enim solum excipit, ne qua *captio* fiat legatario, aut ne omnis utilitas servitutis corrumpatur *l. 26. D. de servit. praed. rust.* Item etiam in servitutibus *personalibus*, *usufructu* inprimis, observatum est, ut, si pluribus relictus sit eiusdem fundi ususfructus, illi *pactione* aut *stipulatione* fundum *certis regionibus* inter se diuidere, atque ita fructus inter se partiri, possint; quod si ab ipsis factum non fuerit, per *arbitrum* *certae* cuique *regiones* assignantur, *l. 13. §. 1. 3. D. de usufr. & quemadm.*

Sed redeo ad *reales* servitutes, in quibus receptum est, ut, si semel determinatae sint, *variare* non liceat, sed aqua eo loco ducenda sit, quo ab initio ducta est. Idem etiam in via & itinere receptum fuit, ut, qua primum constituta sit servitus, etiam postea *retineatur*. Ita SABINVS, CELSVS atque IAVOLENVS responderunt *l. 9. de servit. praed. urb. l. 13. §. 1. D. de servit. praed. rust.* Extremo non omittendum est, quod POMPONIVS observat, *aquæductum*, qui toti fundo debeatur, parte fundi vendita, *pro modo agrorum* ita diuidi, ut *portio* quædam *aquæ* ad partem fundi venditum ducatur, *l. 25. de servit. praed. rust.*

Non est, quod repetam, *aurigas* etiam & mercatores, ad *certum locum* protectionis, hoc est, ad vias regias, auf die ordenliche Land-Heer- und Geleits-Strassen, ablegari, cum fines illarum diligenter constituti sint & evitari non debeant, ne vectigalia & tributa minuantur. Hoc enim capite superiore expediimus. Sed alio iure *cursores publici*, quos *aurigas postarum*, die ordinaire und extraordinaire Posten, appellamus, in protectione publica utuntur. His enim, cum vectigalia non solvant, compendii causa etiam per *vias vicinales & agrarias*, imo *privatas* commeari, & si absque cuiusquam iniuria hoc fiat, etiam *impedimenta removere* permittuntur.

missum est. Denen sämtlichen reut- und fahrenheiten Posten soll zu desto richtiger und bequemerer absolvierung ihrer Course erlaubt seyn, sich aller reservirten so genannten Fürsten- Herren- Neben- Schleif- und Feld- Wege zu gebrauchen; dahero ist denen Postillionen, wenn jetzt benante Wege verschlossen, oder mit Schlag- Bäumen verwahret, zugelassen, zu dem Ende gewisse Schlüssel zu haben. ^{u)} Omnis igitur via pervia est cursoribus publicis, ut ne quidem honoris causa cuiquam cedere, aut declinare de via, compellantur. Hoc solum enim prohibetur, ne prorsus deserant loca illa, quae ipsis assignata sunt, neque per vias transversales ignotos homines ad vicus & pagos prouehant, qui ab ipsis in via ordinaria non attingerentur. Wenn sichs auch fügte, daß Reisende, ausser denen ordentlichen Post- Strassen, seitwärts fortgeschaffet zu werden verlangeten; So haben die Post- Bedienten sich bey Strafe zu hüten, dergleichen Seiten- Fahrten wegen allerhand Besorgnisse keinen andern, als wohlbefannten und im Lande angefahrenen Personen zukommen zu lassen. ^{x)}

§. IV.

Vtunque vero restringi possint seruitutes, tamen disputatione vix indiget, si quis a plena significatione seruitutis discedere, aut aliquid de consuetudine eius formula decerpere velit, hoc nominatim adiiciendum esse. Generaliter enim PAVLLVS monet, si quis immutare aliquid in seruitute velit, hoc nominatim fieri debere, cum ceteroquin receptam seruitutis formula sequi soleamus l. 20. ff. 5. D. de seruit. praed. urban. l. 2. D. de riuis. Certe adminicula seruitutum, id est, media quaedam iura, sine quibus plena seruitute uti non possimus, tacite sequuntur seruitutem, nisi in eius cessione aliud sit definitum. Itaque si ius mihi fuerit aquam ex riuo ducendi, concessisse mihi videris, ut ipse cum fabris meis accedere possim ad reficiendum riuum: quapropter, secundum POMPONIUM, etiam spatium relinquendum est, quo, dextra & sinistra, ad riuum adeam, & quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem iacere possim: nisi in cessione seruitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur. l. 11. pr. ff. 1. D. commun. praed. Imo vero, quamuis restrictio his terminis contineatur, ut res nobis seruiens ad pristinum modum reduci possit; tamen VLPPIANVS monet, etiam pontem facere licere, viae muniendae causa, si aliter per viam permeare commodum non possit; ideoque hoc sit adminiculum prioris seruitutis. l. 3. ff. 16. D. de itin. actuque priu. Sed idem tamen VLPPIANVS monet, posse aliquando euenire, ut ne liceat quidem reficere, aut certe

^{u)} Post- Ordnung vom 27. Jul. 1713. n. 10. in codice Augusteo tom. II. p. 1047.

^{x)} Post- Ordn. vom 27. Jul. 1713. n. 63. in codice August. tom. II. pag. 1047.

certe ne permissa sit refectio, nisi ad *certum modum*, si *cautum sit in consti-
tuenda servitute*; ne tibi ius sit reficiendi, aut ne aliter, nisi ad *certum mo-
dum*, ius tibi sit reficiendi. *l. 3. §. 14. D. de itin. act. priu. & l. 6.
§. 5. si servit. vindit.*

Præterea, etiam si *restricta* sit servitus, tamen dominus prædii prohibere al-
terum non potest, ne quid faciat *plenioris* servitutis causa, nisi ostendat, *su-
am esse aliquam utilitatem*, cur prohibeat omnino dominantem. *l. 1. §. 11.
D. de rivis.* Ceteroquin, si POMPONIVM, IULIANVM & MARCEL-
LVM audiamus, etiam *confessoria actione* experiri possumus, si serviens nos
non patiatur reficere aut *impedimenta removere*. *l. 4. §. 5. si servit. vin-
dicet.* Ex quo loco apparet, eadem remedia, quæ propter servitutem
competunt, etiam concedi propter adminicula, quamvis hæc non speciatim
promissa sint in constitutione servitutis. Eodem pertinet, quod, qui usum-
fructum servi habet, illi etiam *coercitionem* modicam servi permittamus, ni-
si aliud actum esse videatur, *l. 17. §. 1. D. de usufr.* Ita, cui aqua præ-
standa est, ei etiam *itus & ambitus* præstatur. γ) Eo refertur, quod, si,
actu concesso, *iter* tamen dominanti *ademptum* sit, *ademptio nulla* sit; cum
non possit actus competere, si *adminiculum itineris* tollatur, *l. 1. D. de
adim. vel transfr. legat.* Ex eodem fonte deducitur, quod, qui usumfru-
ctum alicui relinquit, *usum* adimere non possit. *l. 14. §. 1. D. de usu &
habitat.* Hanc rationem etiam PAVLLVS sequitur, qui, usufructu legato,
negat, iter, viam, aditum denegari aut adimi posse, cum hæc semper ne-
cessario sequantur usufructum. *l. 1. §. 1. 2. D. si usufruct. petat.* Igitur,
qui *haustum* aquae habet, illi etiam *accessus*, iter & aditus debetur. *l. 10. D.
de servit. præd. urb. l. 44. §. 9. D. de legat. 1. l. 15. §. 1. D. de usu &
usufr. legat. l. 3. §. 1. seq. D. de servit. præd. rust.* Fere omissem, quod,
qui *aquam* ducere potest per fundum meum, etiam quærere aquam pos-
sit, & terram meam fodere, & aperire omnino, aquæ quærendæ causa,
quod LABEO & PAVLLVS observarunt. *l. 10. D. de servitut. præd. rust.*
Eleganter POMPONIVS disputat, etiam si ille, cui servitus competit, do-
mino prædii servientis aliquid concesserit, quod servitutem eius impedire
posse videretur; tamen hoc ita accipiendum esse, ut *prior servitus salva
maneant*, neque *adminicula* illius servitutis corrumpantur. *l. 20. pr. D. de
servit. præd. rust.* Præterea, licet gradus & cliuos facere, ut ad locum ser-
vientem commode perveniamus, modo ne quis plus faciat, quam necesse est,
neve id faciat, quod *nominatim* est *exceptum*. *l. 20. §. 1. D. de serv. præd. urb.*
Illud liberalius videtur, quod VLP IANVS habet, usufructu fundi relicto, etiam
usum instrumentorum, doliorum, specularium, & quæ sunt similia, relictum es-
se, nisi manifeste appareat, aliam fuisse voluntatem *l. 15. §. 6. D. de usufr. &
quem-*

γ) GRUYTER. oper. inscript. tom. I. p. 592. n. 3.

quemadm. Sed benignior adhuc **NERATIVUS** noster, qui sub itinere ad fontem concessio etiam seruitutem aquæ hauriendæ comprehendit; quasi domino, qui iter ad fontem dedit, non noceat, si etiam aqua ex fonte hauriatur. Haustus enim non facit deteriore conditionem seruientis. l. 3. §. 3. D. de seruitut. præd. rust. Nimirum generaliter, quæ nunquam, aut certe raro, nocent seruienti, nisi *excepta sint*, videntur *sequi* seruitutis beneficium, ut illo plenius fruamur. l. 5. 6. D. de legib. Audiamus **MODESTINUM** qui itinere, in quo ire permissum est, etiam equo vehi permittit aut lectica, cum domino hoc non nocere videatur. l. 12. D. de seruitut. præd. rust. **VLPIANVS** etiam addit ius ambulandi, hoc est, spatia faciendi, amœnitatis causa, ut ipsa definitione itineris contineatur etiam ius ambulandi, nisi expresse exceptum fuerit in constitutione seruitutis. l. 1. pr. D. de seruit. præd. rust. Hoc est, quod marmora plerumque *itum & ambitum* coniungunt, ut supra ex **GRVTERO** 2) a nobis obseruatum est.

Igitur non solum *aduinicula*, sed etiam cetera, quæ domino prædii seruientis nocere nequeant, tacite sequuntur seruitutem. Idem iuris est in *reditu*, qui non minus vicino concessus esse creditur, qui *itum*, hoc est, ius eundi, impetrauit. Hinc vota publica simul pro *itu & reditu* Augusti concepta sunt, a) cum inane sit beneficium eundi, nisi etiam *reditus* speretur

Pascitur in vestrum reditum votiua iuuenca b)

Videtur enim pleno itinere perfrui Pollux ille, qui

Itque reditque viam toties c)

Haec fuit **CACI** hospitalitas, qui boues cauda traxit in speluncam, ne vestigia *reditus* desiderari possent. d) Merito enim vulpem illam, apud **HORATIVUM FLACCVM**, a leone aegrotante inuitatam, terrebant illa vestigia,

Omnia te aduersum spectantia, nulla retrorsum e)

Certe consilium *itineris spem reditus* continere debet. Neque enim quilibet facile fuerit

Audax, ire vias irremeabiles f)

quandoquidem haec est suspecta ista ad inferos profectio illorum, qui eunt

— — — per iter tenebricosum

Illuc, unde negant redire quemquam g)

VIRGILIUS MARO describit iter illud, in quo

— — — facilis descensus auerni,

Sed reuocare gradum, superasque reuerrere ad auras

Hoc opus, hic labor est. h)

O 2

Ex

2) **GRVTERI** oper. inscript. tom. II. p. 964. n. 2. Id. tom. I. p. 560. n. 5.

a) Idem eod. tom. I. p. 45. n. 12. & t. II. p. 1014. n. 6.

b) **HORAT.** I.

epist. 1. vers. 36.

c) **VIRGIL.** VI. aen. 22.

d) **LIVIVS** I. 7. **VIR-**

GIL. VIII. aen. vers. 210.

e) **HORAT.** I. epist. 1. vers. 75.

f) **SE-**

NEC in **Hercul.** farent. act. 2. scen. 4. vers. 548.

g) **CATVLLVS** carm. III.

h) **VIRGIL.** VI. aen. vers. 126.

Ex quibus locis apparet, superuacuum esse de itinere & *itu* pactiōem, nisi illa etiam de *reditu* intelligatur. Hoc est, quod veteres Romani, si *proficiscentes* malis ominibus detestarentur, hac uti imprecationis formula solebant; age, age, egredere, utinam illa tibi sit *una & perpetua via*, quæ *reditu* careat, ut nunquam reuertaris. ¹⁾

Habes *benignissimam* interpretationem seruitutum, quæ non solum ad minicula, nisi *nominatim* excepta sint, sed etiam reliqua iura, seruitutem sequentia, & domino non nocitura, comprehendat. At vero obseruandum est hoc loco, hæc *adminicula* & iura, quæ tacite sequantur seruitutem, non simpliciter deberi, sed quatenus sunt *media* quædam & *instrumenta*, sine quibus videmur, *plenam* seruitutem usurpare atque utilitatem ex illa capere non posse. Recte enim *NERATIUS* monet, cum usufructu quidem fructuario etiam *iter & aditum* deberi, at vero *non simpliciter*, sed quatenus *utendi fruendi causa* iter *necessarium* esse videatur: ideoque nec *realem* esse hanc seruitutem itineris, sed cum ipso usufructu, cuius naturam, ut adminiculum sequitur, quasi *personalem seruitutem* expirare. *l. 2. §. 2. D. si seruit. vindic.* Ne quis ergo decipiatur, probe meminerit, illum, qui per tempus amittendis seruitutibus præfinitum *adminiculis* duntaxat, non vero seruitute principali, usus fuerit, non modo principalem seruitutem amittere, sed etiam adminicula, quæ, cessante fine, tanquam *media* seruitutis principalis, necessario cessabunt. Opportune *LABEO* in mentem venit, qui *l. 17. D. quemadm. seruit. amitt.* eiusmodi speciem tractauit. Si quis, inquit, *haustum* haber, & per tempus, quo seruitus amittitur, *ierit* ad fontem, nec tamen *aquam hauserit*, iter quoque, quo usus est, amisit. Hoc videtur etiam *PAVLLUS* placuisse *l. 129. & 178. D. de reg. iur.*

Ita quidem de adminiculis, quæ tantum ad usum principalis seruitutis comparata sunt, habendum. Haud paullo secius iudicabimus de illis seruitutibus, quæ sua substantia *ius duplex*, seu *duas partes* inseparabiles, videntur continere. In his enim ille, qui *ius minus* seu *unam* partem duntaxat exercuit, etiam *ius maius*, & totam seruitutem, retinuisse videbitur. Ecce enim, *TITIVS* *usumfructum* habuit, sed per tempus aliquod *solo usu* contentus fuit, &, quia hoc *ius duplex* est, non solum usum retinuit, sed etiam *usumfructum*, ne sua ipsi modestia noceret, quod *PAVLLVS* obseruauit *l. 20. quibus modis ususfr. vel usus amitt.* Idem enim *SABINO* & *CASSIO* in seruitute *actus* videmus placuisse, cum & *actus* fere *duas partes*, seu *ius duplex*, *eundi & agendi*, comprehendat, & qui *actum* habeat, etiam *iter per se*, quamuis sine iumento, principaliter, non modo, ut

ad.

¹⁾ CICERO orat. in Pisonem cap. 14. Nonius in noce: *itiner.* Brissonus formulis lib. I. cap. 157. p. 101.

adminiculum, sed ut *partem* actus, habere censeatur. l. 2. D. quemad. seruit. amitt.

Hinc ubi *actus* concedebatur, frequentissima erat formula: ut *ire, agere*, liceret, siue: ut *iter*, actus, competat, quasi hae *partes duae* substantialiter cohaereant & totam naturam actus absoluant.

Igitur, qui tantum *ierit* statuto tempore, creditur actum etiam retinuisse. l. 2. D. quemadm. seruit. amitt. & l. 1. pr. D. de seruit. praed. rust. Hoc ergo inter *adminicula* seruitutum & seruitutes illas, quae *ius duplex* & duas partes continent, discriminis interest, ut *adminicula tam diu* duntaxat competant, quam diu *principalis seruitus* retenta est & durat; sed seruitutes, quae *ius duplex* & *duas partes* continent, ita cohaereant, ut *ius* utrumque, vi ipsius conuentionis, separari nequeat, sed alterum cum altero & per alterum exerceri & retineri videatur. Si rationem quæris, illam *PAVLLVS & PAPINIANVS* reddiderunt. l. 30. §. 1. D. de seruit. praed. urb. l. 8. §. 1. D. de seruitut. l. 34 pr. D. de seruitut. praed. rust. Ius enim eiusmodi seruitutum *indiuisibile* esse aiunt, ut etiam *pro parte* seu *per partes* retineri possint. Igitur, qui *iter*, tanquam *partem* actus exercuerit, per illam partem etiam *totam* seruitutem actus retinuisse iudicabitur.

Ad eundem modum, qui *corpus* hominis viui ditinuit, non solum corpus, sed etiam *alteram* hominis viui *partem*, hoc est, *spiritum*, qui cum corpore viuo necessario cohaeret, & *totum* hominem viuum *retinuit* in sua potestate.



LAUDE NVDA IN PRIMIS IUDICIALI ET LEGITIMA.

AD L. I. §. III. D. DE PERICVL. ET COMMOD. REIVENDIT.

VITEMBERGIAE, AD DIEM MAII. A. Q. S. P. EST CIOCCCLII.

L. I. §. III. D. DE PERICVL. ET COMMOD. REI
VENDITAE.

Ulpianus lib. 28. ad Sabinum.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est, effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur, si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius, ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa, in quibus vinum fuit.

§. I.

Laudis necessitas testimonium vitae ante acta etiam in ciuilibus **M**aiore quidem animo fructus honestatis, quod C. PLINIVS SECVNDVS ait, in conscientia quaeritur & reponitur, quam in fama & laude aliorum. *k)* Neque tamen hoc eo pertinet, ut arbitremur, negligendum esse illud testimonium laudis atque honestatis, quo carere non possumus, si fidem apud alios velimus inuenire. Perit plerumque, qui nudus, peregrinus atque ab omnibus destitutus, in rempublicam prodiit, neque testem aut amicum inuenire potuit, qui de ipso aliquid affirmaret, aut fidem suam pro laude ipsius interponeret. Certe in ciuilibus etiam negotiis administrandis aliorum laude & testimonio indigent, qui se ipsos nondum exhibere, neque virtutem suam speciminibus & exemplis comprobare possunt, sed iam primum audent fortunam suam experiri. Pleraque & nobilissimae facultates

k) PLIN. epist. 8.

tates hominum *occultae* sunt, atque ingenio cuiusque continentur, ideoque *iunctim iudicantur, boniores quando humilibus personis praferantur.* raro & paucis consciis se produnt, sed materiam & occasionem comprobandae virtutis desiderant, in qua se exerere & *spectatae laudis* testimonium mereri possint. His igitur ingeniis interdum hederæ suspensa opus est. Ab aliis enim, qui illorum virtutem norunt, protrahenda sunt in apricam lucem, ne prorsus ignorentur, neque, situ & squalore debilitata & oppressa, contemptu corrumpantur. Publice itaque interest, illis, qui merentur, *testimonium laudis* liberaliter tribui, ne eluatur & pereat discrimen illud, quo recta ingenia a pravis seiunguntur. Ipsi etiam populi liberi & principes gentium atque nationum diligenter student, *laudem iustitiae* tueri, & cauere, ne a vicinis contemnantur. Hanc enim *iuris gentium infamiam*, quæ contemptu continetur, etiam *publicae gentium iniuriæ* effugere non possunt. Hinc deprecantur plerique principes atque edictis & publicis libellis, si qua res inopinata acciderit, se excusant, ne *barbaros mores recepisse* aut *ius humanum* execrabili exemplo *deservisse* censeantur. ^{l)}

Non obtusa adeo gestamus pectora Poeni m)

Res dura & regni novitas nos talia cogunt

Moliri n)

Magnum igitur momentum habet *opinio virtutis* atque *honestatis* iudicio plurimum ornata, & rerum verborumque testimoniis subnixa. Sed in iudiciis tamen *mere civilibus*, in quibus *pecunia* petitur, & de credito aut debito inprimis litigatur, neque actori neque reo prodest *laudis testimonium* ad victoriam forensis, cum etiam *improbo* actori in bona causa a prætore ius reddi debeat, & reus, quamvis *laudatissimus*, condemnari possit, ut creditori, vilissimæ conditionis homini, pecuniam debitam exsoluat. In his enim causis non tam quæritur, cuius notæ sit actor aut reus, a quo pecunia petitur, sed utrum quis vere debeat pecuniam, ad quam solvendam reus quoque honestissimus condemnari debet.

Aliter *Favorinus* ille apud A. GELLIVM iudicavit, ^{o)} cum in causa dubia consuleretur. Enim vero proponebatur, actorem, virum *ferme bonum*, notæque & expertæ fidei & vitæ inculpatissimæ, cuius probitas & sinceritas multis & illustribus exemplis doceretur, pecuniam petisse a reo, homine turpi & sordido, convicto in mendaciis, qui plenus perfidiarum atque fraudum esse videretur. Sed, cum debitoris obligatio neque tabularum neque testium fide comprobari posset, actor *sola honestatis præsumptione* reum vincere volebat. *Favorinus*, auctoritate M. CATONIS, respondit, secundum eum, qui *vir melior* censeretur, iudicandum, ideoque condemnandum esse reum turpem & improbum, ut pecuniam solveret actori *spectatæ & laudatissime virtutis*. Sed recte advocatus ille, apud eundem

GEL-

^{l)} LIVIVS XXXXI. 24.
eod. vers. 567.

^{m)} VIRGIL. I. Aeneid. vers. 571.

^{o)} GELLIVS XIV. noct. Att. 2.

ⁿ⁾ Idem

CELLIVM, p) obiecit: frustra in *iudiciis priuatis*, in quibus *pecunia* petatur, de factis atque *moribus* rei & actoris disputari, de quibus soli *censores* cognoscere solerent, & iudicia in controuersis definiendis ex *præsenti* causarum statu, non ex his, quæ *antea* in aliis & diuersis negotiis acta fuerint, accipienda esse.

In *singulis* enim causis, quarum iustitia ex circumstantiis quibusdam negotii iudicanda est, non illud, quod actor aut reus in *aliis* negotiis fecerint, inspicimus, sed quid in præsentis duntaxat negotio actum esse videatur, disceptamus. Saepe igitur, si plura sint capita libelli, eundem rem in eadem sententia propter aliquas causas absoluimus, sed, quantum ad reliqua libelli capita attinet, condemnamus; cum nihil impediatur, quominus ille, quem in uno negotio recte versatum esse intelligimus, in aliis causis officium deseruisse & actori obligatus esse iudicetur. Eleganter PAVLLVS atque MARCELLVS apud VLPIANVM docuerunt, ne in societatis quidem iudicio lucrum & compendium, societati in uno negotio acquisitum, cum damno, in aliis negotiis illato, compensari, neque socio, qui propter negligentiam & culpam suam de damno sarciendo conueniatur, prodesse ex-culationem, quod in plerisque aliis causis sua *industria* auxerit societatem, l. 25. & 26. D. pro socio. Industria enim & negligentia cuiusque in *singulis* tantum negotiis spectatur; ut, si in una causa negligentius officio functus sit, in illa condemnetur, in altera vero, in qua industriam comproba-uerit, non solum absoluator, sed etiam laudetur, & recte atque ex officio fecisse, iudicetur. In solo enim negotiorum gestore POMPEONIUS admisit, ut lucrum in aliis causis acquisitum cum damnis postea datis compensari possit, ne homines officiosi scrupulosa lucri & damni æstimatione a gerendis negotiis deterreantur. l. 11. D. de negotiis gest.

Sola igitur laude & honestate rei aut actoris lites pecuniariae non expediuntur, sed probationes desiderant, aut iurisiurandi delationem, ut de fide rei gestae iudici constare possit.

Dixi, solam laudem actori & reo non sufficere ad victoriam forensi. At vero habet tamen illa laudatio aliquid momenti, & mouet animum iudicis in causis dubiis, ut facilius *laudatae* virtutis homini credamus. Non attingam auctoritatem principis, apud quem gratiae & misericordiae locus esse potest. q) Augustus certe interdum gratia, hoc est, laude & honestate personarum motus, dicitur aliquid in iudiciis subinde admisisse §. 1. Inst. de fideicommissar. hered. Omnes etiam inferiores iudices inuentur in quibusdam causis honestiores seiungere ab humilibus personis. Audiamus VLPIANVM, qui personis honestioris loci duntaxat permittit de alimentis annuis transigere, quod aliis a prætore non facile concedebatur l. 8. §. 23. & §. 16. 17. D. de transact. Imo vero in ipsa causæ cognitione, cum de ali-

p) GELLIVS l. cit.

q) LIV. II. 3.

alimentis transigitur, prætor inspicere debet, utrum homo *frugi* fuerit, cui alimenta relicta sunt, & cuius *opinionis* sit ille, qui transigat de alimentis. *d. l. 8. §. 11. D. transaction.* Ita *honestæ* matronæ adhibentur quibusdam negotiis, a quibus aliæ iubentur abstinere. *l. 1. §. 6. D. de inspiciend. ventr.* Denique atrocior, & contumeliosior iniuria esse censebatur, qua matrona *honestior* affecta esset, quam si quis virgini ignotæ, aut quæ ancillari vel meretricia veste induta fuerit, conuicium fecisset. *l. 15. §. 15. D. de iniur.*

Intelligis utilitates quasdam, quibus *honestiores* & *laudati* viri ab humilioribus personis discernuntur. Sed præcipue in *probatione veritatis* facilius fidem inveniunt *honestiores*, ut, si aduersarius persona vilior esse videatur in causa probabili, potius *honestæ* persona ad *iuramentum* admittatur. Generaliter *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS*, *inopia probationum* in causis ambiguis *iureiurando* rem decidendam esse, aiunt, sed, *caussa cognita*, personarum discrimine admissio. In causæ cognitione enim versabitur, vter litigantium honestior sit & melior, ut res potius religioni & sacramento *honestioris* committatur. *l. 3. C. de reb. credit.* Grauiissime serenissimus Saxonum legislator, in decernendo iureiurando suppletorio aestimandum esse, ait, cuius sit *laudis* & dignitatis, cui iuramentum imponatur. In was Ansehen, Ehren und Würden jede Parthey sey, sonderlich aber, bey welchem man die Wahrheit am meisten zu vermuthen, *ord. proc. Sax. vet. tit. XXX.* *PROCVLVVS* etiam in *societate* eam rationem secutus est, ut illi, qui plus industriæ aut *gratiæ* attulerit ad societatem, pars maior lucri tribuatur. *l. 80. D. pro socio.*

Vides non prorsus uno loco haberi, qui honestioris & qui vilioris sint conditionis. *LABEO* etiam *humiles* personas ab illis, qui *dignitate* aliqua *excellunt*, plebeios a viris *receptæ auctoritatis*, *viles* personas, ut prodigos & luxuriosos, ab hominibus *vite emendationis* solícite secernit, ut ne *doli* quidem *actio* vilioribus aduersus honestiores concedatur. *l. 11. §. 1. D. de dolo malo.* Sed *honestas* ex *laude* & testimonio virtutis & vite emendationis aestimatur. Eleganter Cornificius ad C. Herennium *laudabile* appellat, quod *honestam* commemorationem parit, non solum in tempus præsens, sed etiam in futurum, ^{r)} ut intelligatur; ex *laudatione* hunc inprimis fructum sperari posse, ut *honestiores* fiant, qui laudantur. Aper-
tius paullo *ISIDORVS* hunc maxime virum honestum appellauit, ^{s)} qui nulla turpitudine contaminetur, & *honestatem*, dixit, *honorem* perpetuum esse & quasi honoris quendam statum.

Sua

^{r)} Auctor Rhetor. ad C. Herennium. lib. III. c. 4.
orig. voc. *Honestus*.

^{s)} *ISIDOR. X.*

Sua igitur cuique *laus* & spectatae virtutis *testimonium* prodest interdum litiganti, ut in causa ambigua potius secundum ipsum iudicemus, quam aduersario turpi & minus honesto faueamus. Prætor enim ita auersatur quasdam *turpitudines*, ut nonnullos actores ne quidem audiendos putet, qui turpitudinem admiserint contra legem prohibentem. Inprimis, si quis eum, apud quem alea lusum esse dicatur, *verberauerit*, *damnum*ue ei *dederit*, siue quid eo tempore *dolo* cuiusdam *subtractum* fuerit, prætor minatur, se ei, qui aleæ lusum concesserit, iudicium non daturum esse *l. 1. pr. D. de aleatoribus*. *VLPIANVS* vero edictum prætoris contra *POMPONIUM* generaliter interpretatur, ut non solum poenalis sed etiam mere civilis & *rei persecutoria*, actio illi deneganda sit, qui in magna turpitudine deprehensus vel furtum passus esse vel damnum & iniuriam dicatur accepisse, *d. l. 1. §. 3. D. de aleator.* Auersamur igitur *turpitudinem* actoris, sed fauemus ipsius *honestati*: neque tantum facilius audimus honestioris vitæ hominem, sed etiam liberalius & indulgentius tractamus in iudicio, si ipse de damnorum & expensarum restitutione in civilibus negotiis experia-
tur. Hoc certe *VLPIANO* in *actione funeraria* placuit, ut, si quis humanitatis aut misericordiae causa, *honestissimo* consilio, ne cadauer insepultum maneat, sepeliuerit defunctum, *solutius* sequamur aequitatem, & impensas, etiam largiores, & quibus parci potuisset, plenissime restituamus. *l. 14. §. 7. 13. D. de relig.*

Ita quidem actori & reo pro *meritis* suis & pro *laude honestatis* gratia refertur, etiam in causis civilibus, cum de pecunia restituenda litigatur. Sed videamus de *instrumentis iudiciorum*, inprimis de *testibus*, in quorum *honestate* præcipuum momentum forensis victoriæ versatur. Diligenter enim *HADRIANVS* imperator, de fide testium deliberandum esse, ait, ideoque non vult *testimoniis*, sed *testibus* credere, ex quorum conditione & dignitate, si *honestæ* & inculpatae vitæ sint, si multum auctoritate valeant, si *exi-
stimatione* omnium probi & honesti habeantur, intelligendum sit, an verisimilia ab illis affirmantur. *l. 3. pr. §. 1. 2. 3. D. de testib.* Enucleatius *PAPINIANVS* hoc tradidit, qui testem integræ frontis desiderat, cuius *fi-
des* & testimonium inprimis perpendatur. *l. 13. D. de testib.* Abscisse etiam *IUSTINIANVS* *bonæ opinionis* testes desiderat, neque admittit prorsus *ignobiles*, vilissimos, penitus obscuros, qui nulla *dignitate*, nullo honore, commendentur. *Nou. LXXX. cap. 1.* Neque *CONSTANTINVS* ignorauit auctoritatem illorum testium, qui *honore dignitatis* fulgeant, & hoc solum admonuit, ne *uni* duntaxat, sed ut pluribus, credatur. *l. 9. §. 1. C. de testib.* Imo vero, si plures fuerint ex utraque parte, credetur *digni-
oribus* & his, qui ceteros, numero æquales, *honestatis* auctoritate vincere videbuntur. Hæc est religio illa iudicantium, qua fidem testium perpendere iubentur. *l. 13. D. de testibus.*

Apparet igitur etiam in caussis pecuniariis interdum, si alia probationis instrumenta non deficient, suas cuique *laudes* & sua merita prodesse, ut facilius fidem inueniat apud illos, qui iudicia exercent. Sed multo magis tribuitur *laudis* testimonio in *publicis caussis* & *iudiciis*, maxime, cum *delicta* & crimina *inuestigamus*, aut *poenam* delicti *constituimus*. Vt enim de *poenis* ordiamur, luculentissime *ARRIVS MENANDER*, etiam *milites* desertores, in quos tamen plerumque maxima seueritate utimur, non omnes similiter puniendos esse, ait, sed habendam esse rationem ordinis, stipendiorum, gradus militiae vel loci, muneris deserti & *anteactae vitae* l. 5. pr. D. de re militar. *DIIVS MARCVS* atque eius auctoritate *VLPIANVS* etiam effractoribus, turpissimo hominum generi, interdum pepercerunt, ut, si *honestiores* essent, ultra relegationis poenam non procederent, cum *plebeii*, ex eodem delicto ad opus publicum plerumque damnarentur. l. 1. §. 2. D. de effractor. & expilat. Quod ne quis extra ordinem constitutum esse credat, *PAVLLVS* atque *MARCIVS* generaliter in poenis decernendis maxime *dignitatis* & conditionis habendam esse rationem crediderunt, ut magistratus magis *honestiores* exilio punirent, humiliores in metalla darent aut capitis grauiori supplicio afficerent aut ad bestias damnarent. l. 38. §. 3. 8. 9. D. de poenis. l. 3. §. 5. D. ad L. Cornel. de Sicar. Idem etiam in iniuriis coercendis *Hermogeniano* placuit, ut, qui humiliori loco sint, fustibus caedantur, *honestiores* exilio mulcentur. l. 45. D. de iniur. In Saxonia electorali diligentissime attenditur discrimen illud personarum, ut grauius puniantur iniuriae, honestioribus viris a personis humilibus illatae. *) Vnam speciem inprimis excipimus, si luculenter legislator significauerit, delictorum quorundam poenae ordinariae, sine ullo personarum conditionis aut aetatis discrimine, locum relinquendum esse. Tunc enim omnes aequo iure censebuntur. Ita nouissime emicuit augustissimi legislatoris aduersus feminas infanticidas, abortum procurantes, aut partum exponentes, seueritas; ut nemini parcatur. Daß die eingegangene Urtheil, ohne Ansehung der Person, des Standes, Alters und anderer Umstände auch sonder einige zu hoffen habende Begnadig- und Milderung an dergleichen Delinquenten vollstreckt werden sollen. **)

Hoc quidem iure utimur in poenis criminum constituendis. Sed multo diligentius in ipsa *inuestigatione* delictorum cauere magistratus debet, ne *honestiores* personas in suspicionem trahat, & sine causa grauissima & idoneis argumentis *speciali inquisitioni* locum faciat contra illos, qui dignitate sua & vitae antea actae meritis & *laude* defenduntur. x) Hanc rationem D.

P 2

HA-

*) vid. MAND. wider die Selbst, Rache, Iniurien und Duelle vom 2. Jul. 1712. §. 1. 19. u) vid. mandat. nouissimum wider die Abtreib- Umbring- und Wegsehung derer Leibes-Früchte, und zur Welt gebohrnen Kinder. Dat. Dresden den 14. Octobr. 1744. x) Erledigung der Landes-Gebrechen de anno 1612. tit. von Justitien, Sachen. §. Und weil beydes ic.

HADRIANVS itemque ARRIVS MENANDER & MODESTINVS, secuti sunt in iudicando milite, qui a barbaris remissus, se ab ipsis ex improviso captum esse, non vero ad illos transfugisse, affirmabat. Placuit enim *præcedentis vitæ* usum inspiciendum esse, ut, si antea *bonus* miles fuisset, affirmationi eius non difficulter crederetur, sin vero segnis & emanfor, maiori suspitione oneratus esse censeretur. l. 5. §. 6. & l. 3. §. 12. D. de re militar.

Sed de *reorum laudationibus* deinceps videbimus. Malim de *petitione honorum* & laude candidatorum verba facere, cum ad hos non exigui fructus *testimonii* perueniat, si antea de republica bene meriti fuisse videntur. Sed operæ pretium fuerit sigillatim de illis exponere.

§. II.

Laus nuda

in primis pri-

vata, nisi do-

losa fuerit,

laudatori

non nocet.

Laudatio

propter offi-

cia honesta-

tis decerni-

tur & spe-

cialis esse de-

bet.

Laudis igitur testimonium quibusdam, qui in rempublicam prodeunt, ita necessarium est, ut illud non solum sine dedecore & sine nota vanitatis appetant, sed etiam *debeant* sectari, ne prorsus contemnantur. Nimirum, *propria & civili significatione laudationem* appellamus *testimonium virtutis* *occultæ*, quo ostendimus, nos non solum virtutem alterius agnoscere, sed etiam velle, ut illa notior fiat atque ab aliis pluribus omnino agnoscat. Hanc laudationem, quæ intra *veritatis* modum subsistit, & veritatis fines non egreditur, ¹⁾ omnes boni appetunt eiusque studio mirifice trahuntur. Videmus enim ipsam quoque perfectissimam naturam, ut ita dicam, hoc est sanctissimum illud numen, quod diuina & humana omnia in potestate habet, quamvis *laudationis* nostræ non indigeat, tamen omne illud, quod *falsum* atque a *veritate* alienum est, vehementer auersari, ideoque a nobis expectare & poscere, ut maiestatem eius vere & reuerenter agnoscamus, nihil alieni & fictitii, nihil superstitionis, eius laudibus admisceamus, omnesque eius copias & infinitas diuitias magna consensione collaudemus. Imo vero *blasphemum* appellauit CAROLVS V. imperator, qui ira de DEO sentiat & loquatur, ut vel de perfectione eius detrahat, vel Deo aliquid tribuat, quod naturæ perfectionis repugnare videatur. *Ord. crim. Carol art. CVI.* So einer Gott zumißt, das Gott nicht bequiem ist, oder mit seinen Worten Gott, das ihm zustehet, abschneidet.

Sed hæc quidem laudes perfectissimo illi numini unice & plenissime debentur. Nostra vero pusillitas nihil habet laudis propriæ & virtutis, quam non ex illo fonte repetere atque ad illum etiam referre debeamus. At vero sanctissimum illud numen ne hominum quidem virtutes, ab eius beneficio profectas, vult ignorari, aut contemni, aut mendacii macula corrumpi, ut inutiles fiant, & prorsus neglegantur. Ne priuati quidem temere se infamari aut laudi suæ per mendacium & iniuriam detrahi, ac dignitatem quæ-

fitam

¹⁾ PLIN. VII. epist. 33. in fin.

fitam labefactari, patiuntur. Qui enim dignitatis minuendae causa aliquid in contumeliam alterius fecerit, statum alicuius, honoris causa positam, saxi ceciderit, aut monumenta publica cum alterius contumelia corruperit, poena legis corneliae de iniuriis tenetur, & efficaciter a laeso conuenitur. l. 27. & 37. D. de iniur.

Veritatis itaque testimonium necessario sectamur & sine indignitate negligere non possumus. Inprimis autem occultae virtutes, ut antea diximus, laudationis indigent, ne ignorentur & sine fructu delitescant. Quae enim manifesta sunt & sponte in oculos incurrunt, etiam sine commendatione vim suam exerunt, atque inter priuatos, vix absque nota cuiusdam assentationis, laudantur. Occultas autem virtutes dicimus, maxime, quae habitu animi occulto continentur & extorqueri inuitis nequeunt, sed cuiusque honestati & proprio arbitrio duntaxat relinquuntur l. 12. §. 3. in fin. D. de administr. & peric. tut. Hinc laudandus esse dicitur, qui studio honestatis aliquid omittit, quod iure stricto permitti potuisset. Ita laudandus est venditor, qui, cum posset vinum, propter emtoris moram, effundere, non effudit, quia parcendum credidit emtori. l. 1. §. 3. D. de peric. & commod. rei vendit. Ita laudandus est heres, qui, cogitatione humanae conditionis, non paruit ineptae voluntati testatoris, quamuis stricto iure etiam caecum & ineptum obsequium excusare potuisset. l. 27. pr. D. de condition. instit. Eodem sensu LEO pontifex, laudabiliores esse, ait, virgines, quae a barbaris per vim stupratae sunt, si choro intaminatarum virginum per modestiam se non immisceant, quamuis vere ipsis tribuenda sit honestas virginum, quam innocentia animi retinuerunt. caus. 32. qu. 5. can. 14.

Laudamus igitur occultas maxime virtutes & illas inprimis, quae occultis facultatibus animi reguntur, ut nequeant inuitis extorqueri, sed proprio cuiusque sensui & honestati relinquendae videantur.

Virtutem tamen aliquam desideramus, ut quis vere laudari posse censeatur. Ex hac enim sola, si M. TULLIUM audias, fructus aliquis gloriae & commendationis expectatur. 2) Certe malitiam & improbitatem hominum laudatione nostra augere & confirmare non debemus. Qui enim seruum improbum scelus molientem laudauerit, non laudasse seruum, sed corripisse, iudicatur. l. 1. §. 4. D. de seruo corrupt.

Dum vero propter virtutes aliquem laudamus, aliquanto laxius accipimus virtutis nomen, ut etiam illa, quae praesumptionem aliquam duntaxat honestatis pariunt, inter laudis ornamenta referantur. Hac de causa, qui honestiore loco nati sunt, propter splendorem natalium laudantur, quia melius de his speramus, qui non solum progeniti, sed etiam educati sunt ab honestissimo parente, & domesticis exemplis ad imitationem virtutis ad-

uocantur. *a)* Senatorum certe & decurionum filii interdum propter merita parentum benignius tractantur & solet de his ad principem referri *l. 9. ff. ii. 12. D. de poenis.*

Laudationes igitur nonnunquam *gratulationem* felicitatis duntaxat continent, quæ ipsa tamen gratulatio, cum præsumptionem honestatis pariat, non inepte adhibetur ad commendationem illorum, de quibus liberaliter speramus. Apposite *HIERONYMVS* præcepit, in laudatione senum non omittenda esse ornamenta pueritiæ, & vitæ antea actæ testimonia, quibus præsumptiones honestatis augeantur. *Cap. 3. X. de præsumt.*

Virtutes vero *occultæ* & quæ præsumptionem honestatis pariunt, propriam & veram materiam laudationis continent & testimonio quodam laudis protrahendæ sunt in lucem, ne inutiliter lateant & ignorentur. Sed ex hoc apparet, *specialiter* indicandas esse virtutes illas propter quas aliquem laudamus, si ipsum alijs commendandum esse arbitremur. Certe *generalis* & *nuda laudatio* nihil occulti in lucem protrahit, sed rem totam in medio & ambiguo relinquit. Eleganter *VLPIANVS* hoc in venditoribus, qui merces suas *laudauerint*, agnouit, ut, quæ generaliter, sine *speciali affirmatione*, a venditoribus, *commendandæ* mercis causa, in nundinis dicta sint, sic accipiantur, quasi *nihil dictum* aut *promissum* fuerit, ut venditores ex generali illa laudatione mercium, qua merces *bonas* & utiles esse affirmarunt, efficaciter non conueniantur, aut si decipiendi animo hoc factum fuerit, de dolo quidem, non vero ex promissione sua, teneantur. *l. 37. D. de dolo malo.* *PEDIVS* in mancipiorum nundinatione inprimis hoc admisit, ut, si venditor affirmauerit, seruum *frugi, probum, dicto audientem*, esse, aut alia quædam, quæ ad *nudam* serui *laudem* pertinent, dixerit, nihil vero *specialiter* adiecerit, propter solam serui laudationem conueniri non debeat; cum *nihil* dixisse videatur. *l. 19. pr. D. de ædilitio edict.* Imo vero *GAIVS* noster adhuc longius procedit, ut, si etiam *specialiter* quis laudatus sit, hoc cum temperamento aliquo accipiat, & virtus *modica* duntaxat laudata esse censeatur, nisi quis *specialissime* laudauerit & prædicauerit *certum* aliquem *gradum* singularis cuiusdam virtutis. Igitur si quis seruum venderit, & illum *specialiter coquum* esse, dixerit, sufficiet, *mediocrem* coquum præstari, cum venditor de sola mediocritate coqui aliquid affirmasse iudicetur. *l. 18. D. de ædilitio edict.* Hoc idem intellexit *FLORENTINVS*, qui negat, *laudem* mercium attendi, cum venditor aliquid dixerit, quod manifestum est, & *commendandæ* mercis causa *dici solet* a venditoribus, nisi *specialiter* aliquid affirmauerit de *occulta* quadam rei venditæ virtute. *l. 43. pr. D. de contrah. emtion.* *b)* Imo vero si *IULIANO*, apud *VLPIANVM*, fides est, venditor, qui mercem viliores impense, familiari illa

a) *QUINCTILIANVS* III. instit. orat. 9. cap. 12.

b) *ALCIATVS* II. parerg.

illa mercatoribus eloquentia, laudauerit, ne mentitus quidem videtur, si nihil de virtute speciali, per quam pretium mercis augeatur, adiecerit laudationi. *l. 13. §. 4. D. de action. emt. vend.*

Nihil igitur venditorem onerat, si *generaliter* mercem suam laudauerit, cum *nihil dixisse* & rem iudicio emtoris reliquisse iudicetur. Sed videamus de *laude personarum*, quæ propius pertinet ad nostrum argumentum. Certe in laudatione personarum, qua, si veritatis fines egressa sit, toti reipublicae turpiter imponitur, maiorem diligentiam desideramus. Prudenter enim HORATIVS FLACCVS ^{c)}

*Si quem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.*

Sed hic pudor, quantum ad civiles effectus attinet, ex *speciali* demum commendatione, qua aliquid de occultis personae virtutibus affirmamus, videtur suboriri. APPIANVS enim, in *proxeneta* hoc ferendum esse, ait, si *laudet* nomen debitoris; cum nomen illud magis monstrare & creditori iudicandum relinquere, quam fidem suam pro debitore interponere soleant, qui proxenetarum officio funguntur. *l. 2. D. de proxenet.* Generalia enim illa elogia ex proxenetarum moribus interpretamur, qui, teste SENECA, ^{d)} *iactabant* nomen debitoris, host est, generalibus laudibus ornabant, ideoque *intercessores* quidem appellabantur, ^{e)} neque tamen fidem suam ita adstringebant, ut teneri vellent pro debitore, quem ipse creditor suo iudicio debebat aestimare. Obtinuit certe, ut proxenetae non procuratoris officium suscipere, sed *amicabili affectione* potius consilium dare censerentur. *l. 10. §. 7. D. mandat.* Illam duntaxat speciem excipimus, si quis *iusserit* proxeneta, fortunas debitoris *excutere*, atque, utrum soluendo sit, diligentius inuestigare. Hoc enim si factum fuerit & proxeneta postea renunciauerit, *idoneum* esse debitorem, *specialiter* nomen illud *laudauisse* iudicabitur, ideoque, si falso renunciauerit, mandati actione efficaciter poterit a creditore conueniri. Ita VLPPIANVS rem definit. *l. 42. D. mandati.*

Idem VLPPIANVS, eum, qui pro minore fideiusserit, a creditore conueniri posse, ait, quamuis ipsi minori a prætore succurratur. Dum enim fideiussor suo periculo creditorem iubet, ut minori fidem habeat, videtur *specialiter* *laudasse* debitorem & creditori spem indemnitate fecisse, hinc recte ut *suasor* & *affirmator* conuenitur *l. 13. pr. D. de minor.*

Generalis igitur *laudatio*, nisi dolosa fuerit aut cum *affirmatione speciali* coniuncta, laudatorem non onerat, neque efficit, ut vel *actione mandati*, vel *doli*, vel *in factum* a creditore pulsari possit. ALCIATVS, vir summus, & elegantissimus Ictus, hoc ad omnia illa *generalia elogia* extendit, quæ ad-

^{c)} Q. HORAT. FLACCVS I. epist. 18. vers. 76. 77. ^{d)} SENECA epist. 119.

^{e)} BARTHIVS in comment. ad Stat. Thebaid. lib. I. pag. 378. ^{f)} ALCIATVS II. parerg. cap. 12.

adulandi aut assentandi causa proferantur. f) Moribus enim receptum esse, ait, ut plerique temere & incogitanter *generalibus verbis & laudibus* adulentur illis, quos nolint habere inimicos; ideoque his verbis vim nullam affirmationis tribuendam esse, cum non consilio affirmandi, sed adulandi, prolata sint ab officioso & urbano laudatore. Et profecto in laudis generalis interpretatione tribuendum est aliquid *consuetudini*, quæ efficit, ut minus attendamus ad vim *generalium* verborum, si illa usu promiscuo ita frequentata sunt, ut vel nullam vel certe *ambiguam* significatione habere videantur. Recordor fabulae, quæ mihi adolescentulo narrata est. Prætor aliquis, qui in nobili quodam Germaniæ emporio ius dicebat, omnes fere obuios, *bonos, ingenuos & probos*, inprimis vero mulierculas *bonas, bellas, probas & pulchras* solebat appellare. Hic aliquando per sententiam dicasterii iussus erat, feminam quandam, propter multas offensiones, seuerè & grauiter in iudicio obiurgare. Igitur contrahebat frontem, quasi minaretur; sed, in summa indignationis significatione magnoque obiurgationis apparatu, elabebantur ipsi familiares illae voculae, bona, bella, ingenua & proba, mein liebes gutes frommes Weib, addebat vero confestim: videris esse improba, calumniatrix, rapax, execrabilis & modis omnibus abominanda. Itaque apparebat priores illas blanditias absque omni sensu a prætore, propter solam adulandi consuetudinem, prolatas esse. Vt quisque est inconstantior, ita facilius generalibus illis laudibus & opprobriis promiscue utitur. Sic CATULLVS noster, cum codicillos sibi substractos reposceret:

Moecha putida, redde codicillos.

Pudica & proba, redde codicillos. g)

Sed accedunt etiam aliæ causæ, quæ multos adducunt, ut *generalibus & ambiguis* verbis deludant aut decipiant societatem omnium bonorum. Multos timor quidem & pudor subrusticus, quem ipsi *modestiam* appellant, prohibet, ne audeant testimonio sincero veritatem profiteri & libere proferre, quæ vel ad laudem alterius vel ad vituperationem pertinere videantur. Cauent enim a *vituperatione speciali*, ne iniuriarum actione teneantur, & a *laude speciali*, ne quasi sponsores & intercessores fidem suam obligasse iudicentur. Igitur hanc scyllam & charybdim ut effugiant, malunt verbis generalibus & ambiguis defungi, quibus nihil dicitur, quod intelligi aut ad utilitatem produci possit. Haec sunt illa solennia: est vir bonus, frugi, laudabilis, nulla contumelia contaminatus, Es ist ein guter hübscher Mann. Ista quidem semper trahi possunt in utramque partem, cum etiam venena mala possint *bona* dici & illis utilia, qui harpyiis & muribus insidiantur. Inanis plerumque est *laus boni*, nisi specialiter adiciatur, cui bono vel utilitati res illa, quam bonam dicimus, adhiberi possit. Infiniti sunt gradus bonitatis & species longissime inter se diuersæ, ut nihil dicat

cat & intelligi nequeat; qui bonum simpliciter appellat. Turpissimum est illud cacoethes, *generaliter* & ambigue loquendi, ad quod multi, etiam literati homines, propter inscitiam confugiunt, &, vetularum more, de rebus, quas non intelligunt, sine omni fructu verbis *generalibus* utuntur, ut, cum nihil dixerint, aliquid dixisse videantur. DIVVS HADRIANVS hoc in *testibus*, etiam iuramento obstrictis, sufficere noluit, si aliquid affirmant; sed desideravit, ut *verisimilia* quædam ab ipsis *affirmentur*. Verisimilia vero ex circumstantiis *specialibus*, illarumque inter se nexu, aestimantur; ut nulla probabilitas ex generali, *simplici* & *nuda*, affirmatione enascatur. l. 3. §. 1. D. de *testibus*. Hoc est, quod CARVS & collegæ solam restitutionem nullius momenti esse iudicarunt, nisi *adminiculis* quibusdam seu *specialibus* argumentis augeatur. l. 4. C. de *test.* Abscisse nostri pragmatici in foro: testi *sine ratione* affirmanti non credendum esse. ^{b)} Neque tamen potest testis aliquam rationem reddere, nisi de circumstantiis *specialibus* aliquid affirmet.

Apparet igitur, intercessores illos atque laudatores generali laudatione fidem suam non adstringere, nisi specialiter aliquid affirmauerint de facultatibus & virtute debitoris. Sapientissime lex Saxoniae electoralis contemnit laudationem illam generalem, nisi quis sciens, dolo malo, decoctorem aut hominem, qui non soluendo sit, virum bonum, debitorem idoneum, fide dignum, cui sine periculo credi possit, speciatim affirmauerit, ut creditorem deciperet atque adduceret ad fidem homini improbo habendam; aut nisi nominatim promiserit, se effecturum esse, ut creditori satis fiat. Wann einer vorsätzlich und wissentlich eine solche Person, so keine Mittel zu bezahlen, rühmet, und andere Leute ihme, als einem guten Mann zu trauen, und bey dem keine Gefahr sey, durch solch Vorgeben zu einem Anlehn oder sonsten Credit zu geben beweget oder verspricht, er wolle verschaffen daß der Creditor bezahlt werde. *Decis. elector. 42. de anno 1661.* Igitur specialis affirmatio aut dolosa persuasio duntaxat efficit, ut laudator nominis, vel *mandati*, vel *doli* vel *in factum* actione teneatur. Cetera nullius momenti sunt, & quasi inania verba negliguntur.

Sed hoc loco inprimis admonendum est, *generales* illas laudes non solum laudatori *non nocere*, sed etiam *parum prodesse* illi, qui duntaxat generaliter laudatur. Hunc enim solum ex illa laude fructum expectare possumus, ut, si *plures* aut *spectatæ auctoritatis* viri, aliquem generali laude commendauerint, naturalis illa præsumptio honestatis, quæ pro quolibet militare dicitur, aliquantulum sustineatur. Quæ cum ita sint, mirifice decipiuntur aduocati, qui generalia illa pastorum aut aliorum testimonia, quibus reum non improbum, non facinorosum, non contemptorem sacrorum esse

signi

^{b)} GAIL. I. obs. cameral. 64. n. 4. MYNSINGERVS centur. IV. obs. 38. p. 30.

significant, ad suspensiones criminum diluendas suffectura esse arbitrantur. Haec enim talia cum plerisque promiscue dari soleant, atque ad generalem tantum praesumptionem honestatis pertineant, raro proficiunt ad reum excusandum. Imo vero ne *specialis* quidem laudatio virtutis proderit, cum haec, ut diximus, de *modica* duntaxat virtute accipi soleat, nisi *specialissime* aliquid de insigni quodam *gradu* singularis virtutis affirmetur. Haec enim *specialissima* commendatio *laudem veram* continet, l. 18. D. de aedil. edict.

Ante aliquot annos civis quidam plebei ordinis accusabatur criminis, non solum dolosi, sed etiam deliberato consilio, & cum insigni quadam animi atrocitate, per insidias commissi. Sed negabat reus, se doloso proposito & deliberato peccavisse, & caussabatur, atrocissima iniuria se irritatum atque, praeter omnem expectationem, ita ab adversario affectum atque perturbatum esse, ut, quamvis omnia alia cogitavisset, feruore animi abreptus & sui non compos sibi temperare nequiverit, atque ita extemplo citra deliberationem pertractus sit ad indignum facinus suscipiendum. Haec excusatio, si probari posset, ad mitigationem poenae reo profutura videbatur. At vero tam graua ipsum indicia deliberati consilii & insidiarum onerabant, ut parum abesset, quin ad equuleum trahendus esse censeretur. Igitur conuolabant multi eius ciues & municipes, tota vicinia inprimis, & sigillatim atque magno consensu, multis atque insignibus laudibus reum cumulabant. Praecipue omnes ministri ecclesiae cum ephoro & antistite suo *specialiter* affirmabant, hunc hominem, praeter omnibus aliis illius ordinis ciuibus, innocentia, pietate, honestatis studio eminuisse sanctissimae doctrinae nostrae ultra captum vulgi peritissimum & studiosissimum, hospitalem beneficum, fuisse omnibus amicum, cum nullo ciuium suorum facile controuersiam exercuisse, de omnibus semper optime mereri noluisse, uno quasi spiritu & ore testabantur. Haec laus, tam eximia & *specialis*, tandem mouebat animos iudicantium, ut, iuramento rei locum darent, quo suspensionem insidiarum & deliberationis in iudicio purgaret.

Specialibus igitur laudibus, & *specialissima* affirmatione de insigni quodam gradu virtutis demum efficitur, ut quis honestior & commendatior fiat eximia laudatione. Contra vero, si nihil *specialiter* affirmetur, nihil fere prodest testimonium probitatis & virtutis. Hoc genus laudis merito ab *VLPIANO* *laus nuda* appellatur l. 19. pr. D. de aedil. edict. Sed *laus nuda* est generale testimonium de alterius viribus & circumstantiis occultis absque *allegatione rationis* & *specialis* cuiusdam virtutis. Haec generalis & nuda affirmatio parum a sola nominatione & denunciatione nuda discerni potest. Ita, cum emtor indicat nomen venditoris, a quo res ad ipsum peruenit, emtor *auctorem suum laudare*, dicitur *nuda allegatione* venditoris. l. 6. §. 5. D. de action. emt. vendit. l. 63. §. 1. de euct. Ita di-

cimur testem laudare, cum ad eius testimonium in lite prouocamus ⁱ⁾ Priscæ enim lingua, si A. GELLIVM audias, *laudare* dicitur, qui *nomen* alicuius *crebrius appellat*, ^{k)} quod etiam P. FESTVS ^{l)} & NONIVS MARCELLVS ^{m)} obseruarunt. Ipse M. TVLLIVS ait, se laudare auctores suos, hoc est, nominare illos, a quibus historiam rei gestæ accepisset. ⁿ⁾

Habes generalem *laudationem*, quam etiam *nudam* dicere solemus. Est enim *nudum*, quod sola sua *substantia* & partibus necessariis absoluitur, sed *nullis adminiculis* augetur, ideoque, nisi per se vim aliquam exerat, plenam utilitatem non parit, sed fructu perfecto destituitur. Sic *nuda natura* dicitur, quæ sua simplicitate per se subsistit. ^{o)} Est etiam *nuda veritas*, quæ nullis calamistris & fictionibus corrumpitur.

Incorrupta fides, nudaque veritas ^{p)}

Inprimis autem nudum dicimus, cui aliquid deest, quod ad plenam utilitatem pertineat. *Nudus* enim *usus* dicitur, cui deest fructus & qui ad solam necessitatem immediatam est adstrictus. *§. 1. inst. de usu & habit. nuda proprietas*, a qua separatus est ususfructus. *pr. iust. de hered. instit.* Eadem formula PAVLLVS *nudam traditionem* dicit, cum res sine iusta causa præcedente traditur, quapropter per nudam traditionem nec dominium transfertur *l. 31. pr. D. de acquir. rer. domin.* Fallor, nisi eodem sensu POMPONIVS præcipit, quod *nuda* ratio neminem debitorem faciat, cum *nuda ratio* dicatur simplex adnotatio debiti in rationibus, quamuis nulla præcesserit causa idonea debendi. *l. 49. §. 2. D. de peculio. l. 26. D. de donation.* SCAEVOLA etiam atque MARCIANVS ex auctoritate diui SEVERI & ANTONINI *nudum præceptum* testatoris appellarunt superuacuum & ineptam voluntatem testatoris: ut, si quis alienationem rerum suarum prohibuerit, neque causam adiecerit, neque personam, cuius favore noluerit res suas alienari ab herede. *l. 38. §. 4. & l. 93. pr. D. de legat. 2. & l. 114. D. de legat. 1.* Non multo secius interpretabimur *nudum sermonem*, quo venditor merces suas collaudauit, apud VLPIANVM, *l. 19. §. 2. de aedil. Edict.* Itemque *nudam promissionem*, id est, *pollicitationem*, quæ imperfecta est, nisi ab aduersa parte fuerit acceptata. *d. l. 19. §. 2. D. de aedil. edict.* Denique *nudum pactum*, quod sola arbitraria conuentione absoluitur, sed ad nullam materiam seu formam internam aut externam adstrictum est, neque ulla solennitate externa, neque ullo alio adminiculo, munitum, ideoque iure veteri Romano actionem, nisi aliud quicquam

Q 2

ⁱ⁾ F. QVINCTIL. III. inst. orat. 9. & FLAVT. captiu. act. 2. scen. 2. vers. 66. ^{k)} A. GELLIVS II. noct. attic. 6. MACROB. VI. Saturn. 7. ^{l)} P. FESTVS de verb. sign. voce: laudare. ^{m)} NONIVS MARCELLVS de propriet. sermon. cap. 4. in voce: laudare n. 276. ⁿ⁾ CICERO III. de orat. 18. in fin. ^{o)} Q. HORAT. FLACCVS II. Sermon. 7. vers. 48. ^{p)} Idem. I. od. 24. vers. 7.

quam accederet, nunquam pariebat. Commemoratur etiam *voluntas nuda*, per quam legata *adimuntur* quidem efficaciter, sed transferri in alios non possunt, nisi consueta *solemnitas* adhibeatur, *l. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. legat.* Sed nuda voluntas illa dicitur in legatis adimendis sufficere, quia *solemniter* coram testibus non declaratur, & quoniam satis est ad reuocandum beneficium legati, si quis forte *factis* duntaxat ostenderit *mutationem suae voluntatis*, veluti si libera voluntate viuis rem legatam alienauerit testator, vel si inimicitiae suporae sint, aut si testator *peffimum* hominem appellauerit legatarium, cui antea aliquid reliquerat in testamento, *l. 11. §. 12. D. de legat. 3. d. l. 3. §. 11. & l. 13. D. de adim. vel transfer. legat. l. 9. D. de his, quae ut indign. 4)* Extremo apud PAVLLVM, MODESTINVM atque VLPIANVM, est *nuda* & imaginaria venditio & locatio, uno nummo facta, quorum contractuum perfectionem illud impedit, quod neque verum & iustum pretium constitutum, neque vero & serio consensu res ad finem perducta est, quod utrumque in emtionibus & locationibus desideratur, *l. 55. D. de contrah. emt. l. 54. D. de oblig. & act. l. 46. D. locati.*

Ex his exemplis intelligitur, *nudum* dici, quod omnibus adminiculis destituitur, nullis circumstantiis, nulla solemnitate sustinetur, ideoque imperfectum & infructuosum est, nisi ad quosdam effectus sola substantia interna nudi negotii sufficere interdum videatur. Ita igitur etiam de *laude nuda* & generalibus illis affirmationibus, quae ad laudem cuiusque pertinent, habendum est. Apparet enim, parum haec testimonia prodesse, nisi auctoritate laudantis vel plurium consensu augeantur, ut praesumptio generalis honestatis per nudam eiusmodi laudem subinde confirmetur.

Non aliter de *vituperatione nuda* & *conuicio nudo* iudicandum est, ut: si quis homo *nauci*, homo *vilis*, ein Kerl, schlechter Mensch, insipidus & inficetus appelletur. Eleganter diuus LUTHERVS noster: Sie sprechen schlecht, es sey nicht recht, hoc est, damnant & contemnunt sine cognitione causae & sine commemoratione rationis nuda & simplici vituperatione. Haec talia enim, quamvis *contumeliae* causa proferantur, ideoque actionem iniuriarum pariant, tamen non sufficiunt ad virum bonum infamandum, neque semper, si in personas conferantur, *atrocem* iniuriam videntur continere. Igitur neque iustam *causam exheredationis* pariet generalis illa vituperatio, cum *atrox* demum *iniuria* seu grauis & inhonesta, qua crimen famosum obicitur parenti, sufficiat ad liberos exheredandos. *Nou. 115. c. 3. §. 2. 1)* Hoc iure etiam urimur in *libello famoso* iudicando, cuius poena ordinaria talionis aut fustigationis tunc demum obtinet, si quis, dissimulato nomine suo, alteri crime famosum, quod poenam criminalem mereatur, per calumniam obiecerit proposito libello. Wenn jemand einem solche Vaster

1) vid. praesidis dissertatio: *quomodo legatum nuda voluntate adimatur.* 1) vid. de BERGER, oecon. iur. lib. II. tit. IV. §. 14. not. 4. p. 373.

ster und Uebelthat zumißt, daß, wenn diese mit Wahrheit erfunden würden, der Geschmähete an seinem Leib, Leben, oder Ehren, penlich gestraft werden möchte. *Ordin. crim. Carol. art. CX. Const. elect. Sax. 44. P. 4.* ¹⁾

Insigne exemplum nudæ vituperationis in causis civilibus Saxones olim admiserunt ad impugnandam sententiam iudicis, quæ *grauamen* continere videbatur. Sufficere enim ad nouam causæ cognitionem impetrandam crediderunt, si pars laesa sententiam iniustam appellaret. Wer ein Urthel schilt, der spricht also; das Urthel, das man gefunden hat, das ist unrecht, das schelte ich und ziehe es dahin, wo ich es durch Recht hinziehen soll, und bitte darüber ein Urthel, wo es durch Recht hinziehen soll. II. E. R. 12. Quanto sapientius in electoratu Saxoniae hoc correctum est & constitutum ne leuteratio *nuda* atque generalis, absque specialium grauaminum allegatione, admittatur. Haec enim non solum reiicienda est, sed etiam multa quinque thalerorum coercenda. In dem Reuterungs Zettul ist von denen grauaminibus wenigstens eines oder das andere specific und deutlich anzuführen, widrigenfalls aber, und da die Reutrung bloß generaliter cet. *Ord. proc. Sax. rec. tit. XXXV. §. 5.*

Vt vero reuertar ad delicta, non omittere debui, etiam *confessionem nudam* criminis non sufficere ad poenam ordinariam decernendam, sed reum *specialiter* de circumstantiis loci, temporis, occasione, causa & adminiculis interrogandum, & utrum hae speciales circumstantiae omnino verae sint, inuestigandum; ut etiam tormentis locus esse possit, si reus de illis mentitus esse videatur. Ita luculenter imperator CAROLVS V. rem definit *ordin. crim. art. 48. seqq. 54. 55.* Eadem fere etiam de *nuda reuocatione* dicenda sunt, si reus crimen, quod specialiter confessus est, deinde negauerit, neque rationem idoneam allegauerit, qua seductus contra se ipsum mentitus & crimen falso confessus sit. Huic enim reuocationi non creditur, nisi causae speciales & probabiles mendacii aut erroris adducantur. Es wäre denn, daß der Gefangene solche Ursachen seines Irrthums fürwendet, dadurch der Richter beweget würde zu glauben, daß der Gefangene solche Bekänntnis aus Irrsal gethan, alsdenn mag der Richter denselben Gefangenen zu Ausführung und Beweisung solches Irrsals zulassen. *Ord. crim. Carol. art. LVII.*

§. III.

Igitur, ut ex diuerticulo in viam redeamus, non omnis laudatio aut affirmatio proderit, ut *honestiores* fiant, qui laudantur. Multum refert, ut *breuis* aut *negativa* partim *materiam* laudis, quid laudetur, cogitemus, partim formam ipsius laudis, a quo laus illa profecta sit, aut ubi & quomodo quis laudetur. Et *non semper nuda est laus.* de

¹⁾ IULIUS CLARVS V. sentent. quæst. 68. n. 25. CARPZ. ad const. 44. p. 4. def. 2.

Cum repre- de materia quidem laudis vidimus, generale testimonium laudis exigui mo-
bensione con- menti esse, nisi speciales quædam virtutes, & certi quidam gradus illarum
iuncta laus virtutum, prædicentur. Nondum tamen prorsus deferere possum hunc lo-
nuda non- cum, sed quædam de materia laudis adhuc adiicienda sunt, ut fructum &
nunquam effectum eius plenius intelligamus. Repudiamus quidem generalem & nu-
contemptum dam laudem. Ne tamen credas laudem verbosam semper desiderari, aut
significat. Vi talem laudationem, quæ cum copia quadam & vbertate orationis ornate &
superatio diligenter, interiecta varietate aliqua sententiarum, proferatur. Ipsæ lau-
specialis in- dationes in foro, si M. TULLIUM audias, plerumque nudam & inorna-
terdum lau- tam brevitatem testimonii habebant, 1) sed nudam respectu ornatus dun-
dis vicem ob- taxat, quia vbertate & copia carebant, quamvis exquisitissimas laudes conti-
rinet ad de- nerent. Etiam breuitas illa potest specialis esse, & plerumque tanto gra-
clinandam uior censetur illa laudatio, quanto minus suspicionis habet; cum sæpe suspi-
suspicionem cionem non effugiant, quæ ornatu verborum amplificantur & augentur, ut
maioris deli- in animos hominum incurrant. Laus legitima uno plerumque verbo absol-
cti. uitur, cum aliquid laudandum esse iudicatur: l. 1. §. 3. D. de peric. &
commod. rei vendit. l. 28. D. de condit. instit. l. 39. §. 9. D. ad. L. Iul.
de adult. sed tamen grauissima est, neque effectu caret, ut deinde appa-
rebit Vti grauissime vituperatur, quem uno verbo, furem, raptorem, per-
duellem appellamus; ita quis uno verbo, aut certe paucis, interdum gra-
uissime laudatur eleganter Cato. „Maiores nostri, inquit, virum bonum
„cum laudabant, ita laudabant, ut bonum agricolam bonumque colonum
„appellarent. Amplissime enim laudari existimabatur, qui ita laudabatur., 2)
Plerumque ad adulationem aut indignationem magis, quam ad fidem testi-
monii pertinet, si quis bonos ornatus laudauerit, aut asperius vituperaue-
rit improbos, qui sola nota satis puniuntur. 3) Multi, quod CICERO te-
statur, assentationem esse putant verbosum illud laudum suarum testimoni-
um. 4) Propter exemplum tamen atque odii incendendi causa vituperamus
quosdam vehementius aut laudamus etiam verbis eximiis atque amplissimis,
ut alamus ingenia, & alios ad imitationem aduocemus. Quamvis enim
laus militaris maxime ornatum non desideraret; solebant tamen imperatores
interdum legiones, quod M. TULLIUS ait, propter exemplum verbis exi-
miis & amplissimis laudare. 5)

Brevis igitur laudatio sufficit, sed grauis atque specialis, cum virtus
eximia & exemplis comprobata nominatim prædicatur. Neque tamen dissi-
mulandum est, breuitatem quandam laudis ita ieiunam esse, ut etiam ab
inimico proficisci posset. Ita CICERO indignatur, nullam sibi aliam lau-
dem a CATONE tributam esse, quam quod ipsum optimum consulem scrip-
serit, cum quis ita etiam ab inimico laudari posse videatur. 6) Hæc enim

bre-

1) CICERO. II. de orator. 84.

2) CICERO II. de oratore 9.

ANTON. Philipp. 3.

3) CATO de re rust. in præf.

4) Idem de amicis. cap. 26.

5) CICERO ad Attic. XII. epist. 21.

6) CICERO

7) Idem III. in M.

breuitas generalis est & nuda, & non solum non proficua, sed saepe etiam ad *contemptum* illius pertinet, qui ieiune & breuiter & cum imbecillitatis quadam nota collaudatur. Ita Iuno Venerem laudauit apud VIRGILIUM Maronem. *b)*

Egregiam vero laudem & spolia ampla refertis
Tuque puerque tuus, magnum & memorabile nomen
Vna dolo diuum si femina victa duorum est.

Magis acerbus est ille mos laudandi, seu reprehendendi potius, quem A. GELLIVS IN APOLLINARI SVLPICIO obseruat. Hic enim ita quosdam reprehendere solebat, ut simul illis, quos laudaret, vel ignorantiam vel aliud vitium breuitate arguta exprobraret. Sic ille laudauit adolescentulum, de M. CATONE disputantem: etiamsi *ignoras*, quis fuerit hic M. CATO; tamen *laudo*, quod leui quadam auditiuncula de Catonis familia adpersus es. *c)* Certe VIRGILIUS MARO cum *contemni* vellet latifundia seu multitudinem nimiam agrorum, & doceret, latifundiis praeferendam esse exiguitatem bene cultam atque ad utilitatem familiae diligentius comparatam, hunc *contemptum* laudatione latifundiorum simplici significauit. Ita enim ille

— — — laudato ingentia rura

Exiguum colito. *d)*

hoc est, contemne latifundia & praefer agrum exiguum diligentius colendum. Contemnius igitur interdum illa, quae breuiter & ambigue laudamus.

Frequentius ita *milites* cum *reprehensione* aliqua *laudantur* ac imperatoribus disciplinae causa, ne incontinentius vagentur. Ita Caesar aliquando, se quidem *admirari*, ait, animi magnitudinem, quam milites in pugna ostendissent, sed non minus *reprehendere* licentiam & arrogantiam, qui, iniussu imperatoris, pugnassent nec retineri potuissent a tribunis. *e)* Ita TITVS MANLIVS, apud LIVIUM, *f)* fatetur, se *moueri* specimine virtutis, quod filius ipsius, iniussu imperatoris pugnans, felicissimo euentu edidisset; sed addebat, filium deceptum esse vana imagine virtutis, ideoque disciplinam militarem, ipsius culpa prolapsam, eius supplicio restituendam esse.

Ab hac specie laudis, quae cum *reprehensione* coniuncta est, non multum differt illa, si quis cum *exceptione* aliqua laudatur, Plerumque enim illa exceptio omnem vim & utilitatem laudis interuertit. Hinc M. TVLLIVS doluit, Quintum fratrem cum *exceptione* aliqua *laudari*, quandoquidem omnes prouinciales summis illum laudibus extulerint, sed *exceperint* tamen iracundiam & acerbiter naturae, quam ille in administratione summi imperii ostendere solebat. *g)* Suspecta saepe & periculosa est illa laudatio,

b) VIRGILIUS IV. aeneid. vers. 93. seq.

c) A. GELLIVS XIII. noct.

Attic. 19.

d) VIRGILIUS II. georg. vers. 413. & 414.

e) IUL.

CAESAR. VII. de bello Gall. 52.

f) T. LIVIVS VIII. 7.

g) CICERO

RO ad Q. fratrem epist. 1.

tio, quæ cum *exceptione* aut *reprehensione* quadam est coniuncta, cum magis reprehendendi & animaduertendi, quam laudandi causa proferatur. Caueant sibi, qui honores petunt aut reos defendunt in iudicio, caueant, inquam, sibi a testimoniis, quæ exceptionem aliquam & vituperationem continent, & cum reprehensione aut vituperatione quadam connexa sunt; cum exceptio plerumque contamineat & corrumpat plenissimam laudationem. Iudicantes enim, cum ex vita *antea* acta vel iudicium innocentiae vel suspicionem eruunt, non tam ad illa, quæ olim gesta sunt, quam ad postremos vitae actus animum attendunt. Igitur, si quis copiose laudatus sit, sed cum hac exceptione, quod postremo licentiosius vivere & ab officio discedere coeperit, apparet, omnem laudem vitae antea actae, in qua constantiam & perseverationem aliquam desideramus, propter turpitudinem postremi temporis perire atque deprauari. Magis enim in animos audientium descendunt, quæ turpitudinem & iniuriam, quam quæ laudem aliquam bene meritorum continent, quod C. PLINIVS observat. ^{b)} Rectius supprimuntur & occultantur illa testimonia, quam proferuntur. Qui enim cum exceptione laudat, ut M. TVLLII verbis utar, non ornat, quem laudare voluit, sed deformare illum potius & prodere videtur. ⁱ⁾

Vna tamen species occurrit, in qua etiam vituperatio subinde laudis vicem obtinet & reo prodest ad suspicionem maioris delicti declinandam. Notatur enim interdum aliqua turpitudinis vitio contracta, a culpa potius quam a dolo & animo maleuolo profecta. Haec turpitudinis rei, si prorsus opposita sit & aduersetur maiori delicto, de quo reus accusatur, suspicionem magis ex prava consuetudine contractam, quam factum dolum a reo commissum esse iudicamus. Res erit luculentior exemplo. Iuuenis quidam pauper, diu inter domesticos spectati cuiusdam viri versatus, in suspicionem furti incidebat. Gemmae enim magni pretii ex conclavi quodam spectati illius viri subtractae erant & mercatori cuidam venditae. Mercator, apud quem gemmae deprehensae erant, dicebat, illas sibi venditas esse ab adolescentulo, cuius nomen ignorabat, sed affirmabat tamen, se facile agniturum esse hunc adolescentulum, si faciem cerneret, cum vultus illius ipsi adhuc ante oculos versari videretur. Igitur inuitabatur iuuenis suspecto in locum quendam honestissimum, in quo nihil periculi timebat. Aduocabatur etiam mercator, ut faciem iuuenis intueretur, utque agnosceret venditorem suum. Mercator, animo dubius, cum certe affirmare non posset, utrum hic sit venditor, tentabat iuuenem his verbis: Salve mi amice, magnas tibi gratias debeo pro gemmis illis, quas nuper mihi vendidisti; sunt enim optimae & iam emtorem inuenerunt. Respondebat iuuenis: Eia, mirifice gaudeo, quod te non poeniteat huius emtionis & quod bonae fuerint gem-

^{b)} PLINIVS III. epist. 4.
cap. 24.

ⁱ⁾ CICERO orat. de arusp. respons.

gemmæ istæ, quas a me emisti. Iam omnes conclamabant, deprehensum esse furem, qui confessus sit, se gemmas mercatori vendidisse. Igitur omnes ipsum increpabant & monebant, ut furtum, quod iam negare amplius non posset, ingentæ confiteretur. Iuuenis, quasi fulmine perculsus, deorum atque hominum fidem inuocabat & causabatur, se innocentem & furti crimine non contaminatum esse. Obiciebatur ipsi luculenta confessio, cum eo ipso momento affirmauerit, se gemmas mercatori vendidisse. Sed miser ille regerebat, se mentitum esse de venditione, nunquam se hunc mercatorem oculis vidisse, neque gemmas ipsi vendidisse: mendacium illud in magna perturbatione animi, cum deliberare non potuerit de improvisa quæstione mercatoris, sibi elapsum esse, seque maluisse de venditione affirmare, quam mercatori contradicere. Ieiuna videbatur excusatio, ideoque magistratus tormenta minabatur. Defensor intelligebat, minus periculosum esse, si reus mendacii, quam si furti & atrocioris criminis argueretur. Itaque operam dabat aduocatus, ut probaret, semper magnam & diuturnam reo *mentiendi consuetudinem* fuisse. Præceptores, qui eius pueritiam rexerant, *specialiter* & diligenter testabantur; hunc iuuenem, non illiteratum & satis ingenuum, semper fuisse *gloriosum*, & sæpius turpitudinem quandam a se commissam cum gloriatione aliqua iactasse, quamvis illam turpitudinem nunquam attigisset. Quoties enim in schola publica facinus aliquod petulantius a coetu lasciuientium iuuenum commissum, quoties aliquis verberatus vel fenestrae cuiusdam in tumultu lapidibus concisa, toties hunc iuuenem, quasi ex factis illis heroicis gloriam quæreret, sponte cum iactatione aliqua mentitum esse, quod ipse etiam fuerit in illo coetu iuuenum, a quibus facinus perpetratum esset; quamvis liquido constaret, quod pedem conclauis non extulerit. Addebant præceptores, sæpius iuuenem, quasi præfagitione quadam a se admonitum, ut defereret hanc consuetudinem gloriose mentiendi, ne aliquando in magnum periculum delaberetur; sed nihilo minus hunc iuuenem, quoties occasio tulisset, turpiter mentitum esse.

Hæc vituperatio tam specialis mouebat iudicantium animos, ut crederent, confessio nem de gemmis venditis magis ex mentiendi & gloriandi consuetudine profectam videri. Ideoque omissis tormentis, cum ipse etiam mercator de venditore suo dubitasset, reum, a sacerdotibus grauiter admonendum, admiserunt ad *iuramentum purgatorium*, quo se a suspitione furti liberaret.

Vides, testimonium speciale turpitudinis, quæ ex leuitate animi enata sit, interdum prodesse reo, ne maioris delicti, inprimis dolosi, suspitione oneretur. Sed intelligo, quid te pungat. Ais enim, alleganti propriam turpitudinem non facile credendum, itaque nec turpitudinem minorem a defensore comprobata reo proficere debere ad turpitudinis maioris su-

suspicionem diluendam. Verum enim vero, quamuis in ciuilibus negotiis nemo ex propria turpitudine fundamentum agendi petere, neque illam efficaciter aduersus alium allegare possit; tamen frequentissima est illa in *delictis* excusatio, cum quis dicit, delictum a se *culpa* quadam, quasi *minore turpitudine*, non vero *dolo malo* commissum esse. In re dubia, propter fauorem liberationis, facilius ex minore, quam ex maiore, turpitudine delictum perpetratum esse credimus, & si minor turpitudine non minus sit probabilis, remedio eruendae veritatis locum damus, ut maior turpitudine elidatur. *)

Testimonium igitur minoris turpitudinis interdum laudis vicem obtinet, si quis in suspicionem maioris turpitudinis trahatur. Imo vero auger admirationem *infirmitatis* testimonium, ut F. QVINCTILIANVS ait, si quis debilis corpore tamen fuerit heros & bellator, si pauper magnas diuitias acquisierit, si humili loco natus superauerit iniurias fortunae, & nihilominus adscenderit ad insignem quendam gradum dignitatis. Satis diu te tenui. Igitur deferam hanc partem, si de *laude negatiua* aliquid adiecero, cum etiam negatiuae laudationes parum a laude nuda & infructuosa differre censeantur. Est autem *laus negatiua* testimonium, quo quis dicitur nullius criminis accusatus, nullo probro, nulla notabili ignominia contaminatus esse. *Isidorus* quidem, ad *honestatem*, ait, sufficere, si quis dicatur, nulla ignominia affectus esse aut nihil turpitudinis habere. l) Cum difficile sit, sola innocentia uiuere: m) videtur quidem ille laudem aliquam mereri, qui tam caute versatus est in ciuitate, ut nunquam incidit in suspicionem aliquam delicti; quapropter laus illa negatiua *pregnans* & cum positiua quadam implicita vitaeque honestae tacito testimonio coniuncta esse iudicatur. Germani illos, qui laude negatiua commendantur, *unbescholtene, unbeschuldete Leute* appellare solent. Neque res fructu caret in petitione honorum & maxime in delictis iudicandis. Luculenter enim lege Saxonica cautum est, ne contra personas, quae nulla macula notatae sunt, absque grauioribus indiciis *processui inquisitorio* locum concedamus. *Daß wider ehrliche unbeschuldete Leute, ohne vorgehende gnugsame Indicia und Verdacht, nicht alsobald mit der Inquisition verfahren werde.* n) Inprimis vero, cum de tormentis deliberatur in iudicio, illis parcendum est, qui nulla ignominia, contaminantur. CAROLVS V. enim, ante omnia inuestigandum esse, ait utrum male audiat & contemnatur in ciuitate sua reus, contra quem tormenta decernantur. *Ob der Verdachte eine verwegene oder leichtfertige Person von bösen Leumuth und Gerüchte sey, daß man sich der Missethat zu ihr versehen möge, oder ob dieselbige Person dergleichen Missethat vor-*

*) QVINCTILIANVS III. inst. orat. 9.

Honestus p. 1076.

m) LIVIVS II. 3.

l) ISIDORVS X. origin. uoce:

n) Resolutio grauiam. de anno

1612. tit. von Justitien Sachen. §. 5. in codic. August. rom. I. p. 174.

vormahls geübet, unterstanden habe, oder beziehen worden sey. Ord. crim. Carol. art. XXV. n. 1.

Dicemus igitur laude negatiua confirmari & sustineri tantisper generalem innocentiae praesumptionem. Ne tamen credideris, ipsam *dignitatem* hominis augeri laude negatiua, aut effici, ut quis honestiori loco dignus aut aliis ciuibus praefendus esse videatur. Hos enim tales imperator homines *spectatae* virtutis, de quibus bene sperari possit, ansehnliche Personen, von welchen Besserung zu hoffen, appellauit. Ordin. crim. Carol. art. CLVIII. Sed *spectata* virtus & spes vitae emendationis testimonium speciale & laudis positiuae commemorationem desiderant.

Præterea non dissimulandum est, laudem negatiuam facillime ab hominibus simplicioribus impetrari posse, qui bene se de republica mereri arbitrantur, si neminem onerent suo testimonio, sed maculas cuiusque obtegant potius & diligentissime occultent. Igitur probe inspiciendum est, a quo laus negatiua innocentiae reo tribuatur. Multi priuati maxime sibi viuunt, atque aliorum rationes & maculas non facile scrutantur. Plus momenti habet consensus plurium, qui uno spiritu de innocentia & vacatione ignominiae testantur. Plurimum potest virorum grauium auctoritas, ex quorum iudicio etiam infamia facti aestimatur. l. 13. C. ex quibus causis infam. irrogat. Maxime idoneus testis esse iudicatur magistratus, ad quem suspensiones criminum pleræque deferuntur, & quem fugere non potest, qua contumelia opinio & fama cuiusque oneretur; quapropter magistratus, qui dolo malo lucri causa inprimis hominibus suspectis & male audientibus testimonium innocentiae negatiuum tribuit, *falsi crimine* contaminatur.

§. IV.

Dedimus *materiam* laudis proficuae, illamque, docuimus, virtutis *Laus populi* *specialis* & singularis commemorationem continere, ut *honestiores* fiant, *li & vulgi* qui laudantur. Superest, ut de *forma* laudis videamus. Sunt enim aliarum *non prorsus* laudum alii & diuersissimi fructus, aliae utilitates, cum omnino multum *negligenda.* *De illa ad* discriminis intersit, a quo quis laudatore, aut quomodo & quo apparatu, ubi *principem* & quo studio, laudetur. Et primo quidem, nemo dubitare potest, quin *referendum* laudatorem *laudatum* & *spectatae* virtutis maxime desideremus. Laudationem *est Laus priuata iureiu-* enim *testimonium* virtutis *occultae* appellamus. Sed multum refert, quem *rando confir-* quis testem virtutis habeat, atque utrum testis ille intelligat virtutes istas, *manda Scrip-* quas laudauit, cum nemo facile verbis alterius laudari cupiat, sed laudantis *ta testimonia* auctoritate & iudicio ornari. Ea igitur laus prima est, *principibus viris* *privatorum* placuisse, *o)* aut, quod *HECTOR* ille, apud *NAEVIUM* & *M. TVLLIUM*, *ma* *plurumque* *fructu* *ca-* luit, a *laudato viro* testimonium laudis impetrare, *p)* Neque tamen tam *rent.*

R 2

alto

o) HORATIUS I. epist. 17. vers. 5.

p) CICERO V. epist. 12. n. 25.

& pro Arch. poet. cap. 10. PLIN. VII. ep. 33.

alto supercilio contemnenda aut prorsus negligenda est illa *popularis ratio*, quam Q. CICERO 9) in petitione honorum caudidatis commendauit, seu vulgi atque omnium ordinum laudatio & beneuolentia, qua plerique carere in republica non possunt. De hac vero deinceps exponemus. Ipse Augustus imperator fideicommissa ideo valere iussit & consulibus custodienda tradidit, quia hoc iustum esse & *populare* arbitratus est, vel, quia intelligebat, populum magno studio illud expetere, ut fideicommissa seruarentur. §. 1. *inst. de fideicommiss.* Nimis magnifica & fastidiosa est illa virtus Q. HORATII FLACCI, quæ, cum per se intaminatis honoribus fulgeat,

Non sumit aut ponit secures

Arbitrio popularis auræ r)

Etiā *secures* illae habent gratiam suam & magnam in republica utilitatem, ideoque publice interest, ne omnes subterfugiant honorum publicorum ornamenta. Haec vero, si absque *populari* beneuolentia acquiri nequeunt, ad officium boni ciuis pertinet, ut, quantum sine dedecore fieri possit, etiam pluribus & populo placere studeat, ne virtus ipsius, si totus populus ipsum auersetur, delitescat atque opprimatur. Apposite Q. CICERO in libro ad M. TVLLIVM, fratrem, de *petitione consulatus*, admonuit, studium pluribus placendi atque blandiendi, per se innoxium, tunc demum, ubi alios deteriores facit, vitiosum esse, sed, si plures nobis amiciores faciat, non tam vituperandum, in republica vero interdum necessarium videri. s) Magnae continentiae & humanitatis & diligentiae argumentum est, si quis ita in republica versetur, ut cum nemine vel certe cum paucissimis controuersias habeat, apud omnes gratiam ineat, & de plurimis bene mereatur. Igitur profecto veram moderationis & prudentiae laudem interdum continet vulgi beneuolentia & communis omnium de laude boni viri consensus. Saepissime illi, qui adspirare ad auram popularem nequeunt, simulant, quod *vulgi plausu nolint clarescere t)*, si vulgi plausum & beneuolentiam assequi non possunt. Faciamus, quod mobilis & inconstans sit illa popularis aura, cum plerique, ut greges ouium, vnum ducem fortuitum, qui fax & tuba fuerit laudationis, communi quodam impetu, sequantur; certe tamen carere prorsus populi consensu & studiis non possumus, cum ne pastores ecclesiae quidem ad sacri officii administrationem admittantur, si populo prorsus displicuerint & parochiani causas graues & idoneas afferant, ex quibus muneris sacri candidatum auersentur. u) Peritissime F. QVINCTILIANVS, in viuentibus quoque, inquit, iudicia hominum velut argumenta sunt morum, & honos aut ignominia veram esse laudem vel vituperationem probat.

9) Q. CICERO ad M. TVLLIVM fratrem de petitione consul. c. 11. r) HORATIUS III. od. 2. vers. 19. 20. s) Q. CICERO de petitione consul. c. 11. t) CLAUDIANVS de consulat. Mall. vers. 3. u) Churfürstl. Eächsl. Kirchen-Ordnung tit. von Examine der Kirchen-Diener §. ult. & Casp. ZIEGLER-
si superintend. cap. XII. §. 9. p. 117.

bat. x) Tanto facilius tantoque maiore cum fructu quisque officio suo perfungitur, quanto magis *iudiciis* hominum probatur, & quanto commendatior est illis, apud quos quotidie versari debet. Non attingam candidatorum illam apud Romanos diligentiam, qui salutatores, sectatores & laudatores studiosissime conciliabant, ut populo commendarentur. y) Haec enim studia ad liberam rempublicam pertinuerunt. Magis me mouet VLPRIANVS, qui, etiam in monarchico imperio, cum respublica ab imperatoribus regeretur, proconsulis officio contineri, ait, ut, quando in provinciam aut celebres quasdam ciuitates venerit, haud grauatim audiat laudes suas; cum provinciales hoc ad honorem suum pertinere arbitrentur. l. 7. pr. D. de offic. procons. z) Sed liberalissime CONSTANTINVS etiam voluit iudices publicis *acclamationibus* populi subinde collaudari & voces provincialium ad se referri, ut de meritis iudicum ipse possit constituere & cuique gratiam referre. l. 3. C. de offic. rector. prou. Habent enim principes, cur quibusdam muneribus illos praeficiant, qui ciuium studia, quasi demagogi quidam, sua auctoritate regant, & gratia sua, qua apud populum valent, moderentur. Morem provincialium, qui proconsules & praesides & rectores provinciarum aduenientes compellabant, & non solum principem, qui ipsos miserat, sed etiam personam magistratus publica oratione collaudabant & suas ipsi laudes atque merita intermiscebant, DIONYSIVS HALICARNASSEVS libello singulari, quem Μέθοδος προσφωνηματικῶν appellauit, diligentissime exposuit a) & PLUTARCHVS etiam in commentario de sua laude indicauit. b) Hæ laudes personis publicis interdum necessariae sunt ad muneris administrationem. Sed magis attinet monere de priuatis. His enim nulla grauior est aduersaria, quam inuidia omnium, quæ ferit & nutrit odia, atque tandem quasi facibus materiae subditis, tam vehementi impetu erumpit, ut restingui incendium non possit. Nihil grauius honesto viro, quam si omnes

Vicini oderunt, noti, pueri atque puellæ c)

Multum utilitatis priuati sperare possunt, si ipsis cum pluribus bene conueniat, ut ab omnibus amari videantur. Hinc enascitur illa *gratia*, quæ in ciuilibus negotiis etiam mercatoribus subinde plus prodesse creditur, quam diuitiae & vires patrimonii prodesse possunt. Igitur ex PROCVLI sententia socius pauperior, quamuis minus pecuniae attulerit, tamen maiorem lucri partem consequetur, si plus *gratiæ* contulerit in societatem, l. 80. D. pro soc. l. 5. & 29. §. 1. eod. hoc est, si facilius fidem inueniat apud externos

x) QVINCTILIANVS III. inst. orator. 9. y) Q. CICERO de petit. consul. cap. 11. seqq. z) vid. CORNEL. VAN BYNKERSHOEK II. obseru. 6.

a) DIONYSIVS HALICARNASSEVS in rhetoricis oper. tom. II. p. 37.

b) PLUTARCH. oper. tom. II. περὶ τῆς ἑαυτοῦ ἐπαινεῖν ἀνεπιφθόνως p. 539.

c) HORATIVS II. ferm. I. vers. 85.

teros, si efficacius emtores alliciat, si multorum amicitia & beneuolentia valeat, atque ita efficiat, ut libentius cum ipso negotia contrahant, facilius suauitate eius & priuata eloquentia ad merces coemendas attrahantur.

Quis igitur reprehendat eum, qui malit a pluribus *amari*, quod omnes laudes comprehendit, quam odiosus esse & omnibus molestus. Auerfantur omnes boni adulationem, blanditias ineptas & ridicula illa studia, quibus vulgi gratia captatur. Sed si quis moderatione animi, *φιλανθρωπία*, studio iustitiae, officiosa facilitate, denique seueritate quadam, cui suauitas aliqua admixta sit, beneficiis etiam & studio optime merendi, gratiam apud complures inierit; tantum abest, ut reprehendi possit, ut etiam in exemplis ponendus esse videatur. Solent iudices interdum personam cuius cuiusdam sui hac formula, quod multum in ciuitate gratia & auctoritate valeat, daß er ein beliebter Mann sey, und bey der Bürgerschaft in gutem Ansehen stehe, apud principem laudare. Neque dubitari potest, quin laudes illae communes omnium prosint candidatis in honorum maxime petitione, atque ipsis interdum *reis*, qui poenae mitigandae causa ad principem confugiunt. Vnum excepit *MODESTINVS*, ne damnati ad mortem propter *populi fauorem* dimittantur, sed de his prius ad principem referendum esse ait. *l. 31. D. de poenis*. Iustissime etiam *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* praecipunt, *vanis populi vocibus*, quibus vel damnandum esse reum vel absolendum esse significat, credi non debere, *l. 12. ff. 1. C. de poenis*.

Veram igitur laudem ex solo populi consensu non quaerimus, sed retinere tamen fauorem plurium, quo carere non possumus, & *factis honestis* illum tueri merito studemus. Satis de laude vulgi & populi fauore disputaui. Meretur tamen obseruari, magis priuatam esse, quam publicam, vulgi & populi laudationem. Quamuis enim publice cum acclamationibus & plurium concursu laudes illae proferantur; tamen, nisi a toto ordine & uniuersitate decreta sit illa laudatio, priuatae laudis habet rationem. Sed de priuatis laudibus admonendum est, illas, quamuis magna auctoritate laudantium & magno plurium concursu augeantur, tamen vim *plenaee probationis* non habere, nisi iuramento, vel generali, vel speciali, etiam subinde sint munitae. In primis *scripta illa laudum testimonia*, quae saepius ab aduocatis in ciuilibus & criminalibus iudiciis proferri solent, nisi iurisiurandi fide confirmata sint, vel non sufficiunt ad decisionem causae, vel prorsus negliguntur a iudicantibus & reiiciuntur. Placuit enim non *testimoniis* credendum esse, sed *testibus*, qui *praesentes, iure iurando* solenniter praestito, iussu magistratus, audiantur. *l. 5. ff. 3. D. de testibus. l. 4. C. de testib. l. 9. pr. C. de testib. nou. 90. c. 3. d)* Iudicis tamen, & illorum, qui officiis publicis praefecti sunt, tanta est auctoritas, ut

a) *GAIL. I. obseru. 100. n. 21. 22. & I. obseru. 101. MYNSINGER. centur. III. obseru. 80.*

ut propter *generale* iuramentum, quo solenniter adstricti sunt, testimonio ipsorum de negotiis, quæ coram ipsis gesta sunt, & quæ ad ipsorum officium pertinent, facilius credamus *cap. 6. X. de renunc.* Extra has species, ne illustrium quidem personarum scripta testimonia in solenni probatione aliquid momenti habent, quapropter aduersarius ad *recognitionem* illorum cogi non potest. Ante annos aliquot perdebat eausam advocatus, qui solis testimoniis, quamvis amplissimis & fide non indignis, utebatur. Matrona quædam, quæ in serenissimæ cuiusdam principis viduæ ministerio & conuictu fuerat, dotem sibi a principe vidua, nunc defuncta, promissam ab heredibus eius testamentariis petebat, & per sententiam iudicis, fundamentum actionis solenniter probare iussa erat. Neque tamen poterat probare promissionem principis, nisi testimonio aliarum matronarum, quæ & ipsæ in principis viduæ ministerio & conuictu vixerant. Sed pleræque illarum matronarum in regionibus longe distitis, quædam etiam in coenobio Argentoratensi, versabantur. Apparebat, difficulter impetrari posse, ut matronæ illæ a iudice competente solenniter interrogarentur. Igitur aduocato in mentem veniebat, matronas illas in ministerio principis generale iuramentum ministerialium omnino præstitisse, atque ideo censebat, illorum scriptis testimoniis fidem a iudice habendam esse. Hinc scripta illarum testimonia, quasi certissima probationis instrumenta, producebat. Sed heredes principis monebant, generale illud iuramentum non eo pertinere, ut ministeriales omnia, quæ priuatim dicta aut promissa essent a principe, aliis renunciarent, ideoque illarum testimonia fidem iudicalem non habere: præterea heredibus facultatem dandi interrogatoria adimi non potuisse. Respondimus, heredes cogi non posse, ut testimonia priuata recognoscerent, ideoque absoluebat, cum ætrici aduocatus alia probationis instrumenta non haberet.

In criminalibus iudiciis CAROLVS V. rei excusationes solenniter probari & testes in iudicio aut per commissarios audiri iubet. *Ordin. crim. Carol. art. 74. & 151.* Hodie in *processu inquisitorio* facilius *rotulos notariorum*, qui testes, defendendi rei causa, audiuerunt, admittimus quidem, sed iuramentum tamen testium desideramus. Certe remedio eruendæ veritatis adhuc locum damus, etiamsi reus scriptis testimoniis priuatis subleuetur, cum hæc nunquam sufficiant ad plenam fidem iudici in causa criminali faciendam.

§. V.

A priuatis laudibus transeo ad *publicas laudationes*, quæ *publicam* Laus principis: Laus militaris. auctoritatem habent & ab illis adornari solent, qui in administratione reipublicæ versantur. Et omnium quidem amplissimam esse laudem, quæ *principe* quibusdam tribuitur, disputatione non indiget. Ex hoc enim fonte omnes dignitates, omnes honores priuatorum, derivantur. Solebant quidem principes interdum etiam concedere, et *statuæ* priuatis ponere.

nerentur, quod sine venia principis nemini permissum esse censebatur. ^{e)} Sed & ipsi non raro merentibus testimonium virtutis tribuunt aut dignitates atque ornamenta, adiecta formula solenni, quod haec meritorum causa concedantur, *seiner uns geleisteten treuen Dienste halber.* Hoc laudis testimonium omnem maculam abstergit, quae vel ex natalibus cuiquam adhaerescit vel quocunque genere vitae aut alia omnino ratione est contracta, *l. 23. §. 4. seqq. C. de nuptiis.* IUSTINIANVS certe, ne ferendum quidem esse credidit, ut ille in patris sui potestate maneat, quem ipse princeps patrem suum appellauerit, collata patriciatus dignitate. *§. 4. inst. quib. mod. ius patr. potest. solu.*

Plenissimum igitur & locupletissimum est laudis testimonium, quod a *principe* impetramus, ut non solum in honorum petitionibus efficacissime allegari possit, sed etiam illos *honestiores* faciat, qui ita sunt laudati, ideoque *in probatione innocentiae*, cum de delicto quaeritur, praesumptionem probabilem pariat & reo subinde prosit ad poenae mitigationem obtinendam.

Non exiguum principes potestatem illis dare solent, qui cum summo imperio *exercitui* praeficiuntur, ut *laude militari* & *praemiis* milites hortentur & confirmant. Nihil frequentius fuit illa *militari laude* in republica romano. *Imperatoris* enim *iudicium* & *ordo* militiae solebant militem ad opes & dignitates prouehere, quod diligentissimus *rei militaris scriptor* VEGETIVS observat. ^{f)} In omnibus enim negotiis, quae *impetum* aliquem desiderant, & cum magno periculo coniuncta sunt, multum oratione & monitis proficimus, quibus crescit virtus exercitus. ^{g)} Crescit, inquam, virtus,

— — — *exultantiaque haurit*

Pectora amor pulsans ludisque arrepta cupido ^{h)}

Multorum militum animi, quod T. LIVIVS monuit, non minus *laudibus* quam *praemiis* gaudent atque concitantur. ⁱ⁾ Aliquando in ipsa exercitatione armorum & *imaginariis* praeliis illi, quorum virtus insignior emicuerat, *laudabantur.* Certe CALIGULA imperator, cum materia belli deficeret, subornatos quosdam germanos ex improviso impetum facere, & sibi post prandium quam tumultuosissime nunciari iussit, quod hostes repente aduenissent. Quo facto confestim prosiluit cum paucis, & reliquos, ut sequerentur, euocavit, qui secuti erant, illos honorifice *laudatos* nouo coronarum genere donavit. ^{k)}

Frequentius, cum *seruo* reo gerenda esset cum hostibus, non solum tyrones, sed etiam adultos atque veteres & expertos milites, monitis, adhortationibus, imprimis commemoratione *pristinæ laudis* & *virtutis*, quam

^{e)} PLIN. I. epist. 17. ^{f)} VEGETIVS II. de re milit. 24. ^{g)} Idem III. de re militari 12. ^{h)} VIRGIL. V. aeneid. vers. 137. ⁱ⁾ LIVIVS II. 60. ^{k)} SVETONIUS in vit. Caligul. 45.

retinere deberent milites, ad spem praemiorum & victoriae excitabantur. ^{l)} Etiam apud *barbaros* IVGVRTHA, cum in magnam difficultatem res deducta esset, circumiens singulos manipulos singulasque turmas, ut virtutis & victoriae pristinae recordarentur, admonebat, deinde *viritim*, vti quemque ob militare facinus pecunia aut honore extulerat, commonefaciebat beneficii sui; postremo, pro cuiusque ingenio, pollicendo, minitendo, obtestando, alium alio modo excitabat. ^{m)} Enim vero vile est corpus illis, qui magnam gloriam vident; ⁿ⁾ ideoque recte VEGETIVS monuit, milites in sedibus timore & poenis corrigi, in expeditionibus spe praemiorum & laude meliores faciendos esse. ^{o)} Hanc spem praemiorum sibi iniectam milites ne vanam & incertam iudicarent, CAESAR aliquando singulis legionibus singulos legatos & quaestorem praefecit, ut eos testes suae quisque virtutis in praelio haberet. ^{p)} Inprimis vero, quod magis huius loci est, periculis quibusdam superatis, ob magnae virtutis specimen totae legiones a CAESARE subinde laudabantur. ^{q)} Hic enim plerumque milites *optime de se meritos* post pugnam appellabat. ^{r)} Alii legiones aliis verbis, sed exquisitissimis, laudabant, quod M. TVLLIVS ^{s)} observat. Laudes plerumque *militaris clamor* & consensus sequebatur, quod praecipuum genus erat *eximiae laudationis*. ^{t)} Imo vero, ut quisque sciret, quam ipse laudem meritis esse videretur, singuli interdum centuriones, tribuni & milites sigillatim laudati sunt, quorum egregiam fuisse virtutem ex ducis testimonio constitisset. ^{u)} Interdum conuocata concione ^{x)} pro suggestu, ^{y)} suo quemque nomine ^{z)} appellatos laudabant, & donis etiam afficiebant, vniuersis gratias agebant & se memores facti futuros esse pollicebantur. ^{a)}

Habebat laus militaris hoc praecipuum, quod non intra nuda verba subsistebat laudatio, sed imperatoris iudicium plerumque etiam opes, dignitates, coronae, alia praemia & ornamenta sequebantur; cum, contra, in *ciuilibus iudiciis* virtus interdum lauderetur, sed tamen algeat, & laus illa exiguam utilitatem, certe non pecuniariam, pariat, qua res familiaris augeatur. De praemiis autem militum, inprimis de coronis, & donariis, T. LIVIVS ^{b)} & A. GELLIUS ^{c)} tractarunt. ^{d)}

Sed

- ^{l)} IUL. CAESAR II. de bell. gallic. 21. §. 2. ^{m)} SALLVSTIVS in bello lugurth. c. 49. ⁿ⁾ LIVIVS II. 12. ^{o)} VEGETIVS III. de re milit. 26. in fin. ^{p)} IUL. CAESAR I. de bell. Gall. 52. ^{q)} Idem V. de bell. Gall. 52. §. 4. ^{r)} Idem. I. de bell. ciu. 72. n. 2. ^{s)} CICERO in orat. philip. in marc. anton. IV. c. 3. ^{t)} LIVIVS VII. 37. & V. 47. ^{u)} IUL. CAESAR V. de bell. Gall. 52. §. 4. ^{x)} SALLVSTIVS in bello lugurth. c. 54. Tacitus II. histor. 59. & II. annal. 22. ^{y)} A. HIRTIVS Pansa de bell. afric. cap. 86. §. 4. ^{z)} SALLVSTIVS in bello lugurth. c. 49. & 100. LIVIVS X. 44. VII. 37. & alibi passim. ^{a)} IUL. CAESAR I. de bello ciu. 13. §. 5. SALLVSTIVS in bello lugurth. c. 54. ^{b)} LIVIVS VII. noct. att. 6. ^{c)} GELLIUS V. noct. att. 6. ^{d)} vid. VALE

Sed sperne pecuniarias utilitates. Enim alius fructus perueniebat ad militem *laudatum* atque præmiis ornatum. *Bonus* enim, teste ARRIO M. N. ANDRO, dicebatur miles, quem, apparebat, rem strenue & ex officio gessisse. l. 5. §. 6. *D. de re milit.* Neque vero *boni* appellatio ad *nudam* laudem pertinet, sed singularis est, & omnes militarium virtutum laudes comprehendit. Enim vero

Fortes creantur fortibus & bonis, e) hoc est, strenuis & præcipuam militiae laudem promeritis atque imperatoris iudicio ornatis. Contra, ad opprobria militum turpissima refertur, si quis res *non bene* gessisse videatur. Ita Q. HORATIUS FLACCUS *f)* militem describit, qui fugerit

reliqta non bene parvula

Boni autem appellatio maximam præsumptionem honestatis pariebat, ut etiam suspiciones delicti bonus miles facillius sola affirmatione sua dilueret & facile fidem inueniret. Ecce enim, si miles bonus a castris abfisset & absentiam hoc obtentu excusasset, quod ex improviso ab hostibus captus & retentus sit, affirmationi eius credebatur; sin vero remansor aut segnis aut negligens rerum suarum fuisset, excusatio eius non facile admittebatur. l. 5. §. 6. *D. de re milit.* Generaliter etiam in poenis militum decernendis modus animadversionis aut supplicii ex vita militis antea acta & ex meritis militis accipiendus est l. 3. §. 12. & l. 5. *pr. D. de re milit.*

Expofui utilitatem, quæ ad viuos milites perueniebat ex laude militari; sed meretur observari etiam illorum, qui *in acie mortui* occubuissent, memoriam *laude militari* consecratam. Opportune enim M. TULLIUS mihi in mentem venit, qui Athenis, ait, milites in acie interfectos pro con-eione *quotannis* eodem die, populari oratione, conuocatis civibus, *laudatos* esse. *g)* Imo vero IUSTINIANUS noster filiosfamilias in acie mortuos per gloriam in perpetuum vivere indicat, ut etiam mortui non secus, ac si in viuis essent, parenti, liberorum superstitem & viuorum numerum computanti, proficiat ad ius trium liberorum impetrandum, atque ad excusationem a tutela & munerum civilium vacationem *pr. inst. de excusat. tutor. vel. curator.*

Erat & alia laudis militaris utilitas in CENTVRIONATV, quem CORN. TACITVS appellat, nostri die Musterung dicunt, cum exercitus recense-retur. Citatus enim miles ab imperatore, nomen, ordinem, patriam, numerum stipendiorum, quæ *strenue* in praeliis fecisset, & si qua erant *dona-ria* militaria, edebat. Si tribuni, si legio, industriam innocentiamque appro-bauerant, miles retinebat ordines; ceteri militia confestim soluebantur. *h)*

§. VI.

RIVS MAXIMVS lib. II. c. 2. n. 24. & LIPSIVS oper. tom. III. lib. V. dialog. 17. de præmiis militaribus etc. *e)* HORATIUS IV. od. 4. vers. 29. *f)* Idem II. od. 7. vers. 10. *g)* CICERO in orat. cap. 44. *h)* TACIT. I. annal. 44.

De laude nuda inprimis iudiciali & legitima.

Quoniam de militari laude exposuimus, proximum est, ut etiam de *Laus pu-*
laudibus, quas *magistratus* & *iudices* subinde ciuibus pro merito cuique *blica iudi-*
 suo tribuunt, diligentius tradamus. Non dicam de *decreto amplissimi or-* *tialis lauda-*
dinis, qui, iure maiestatis, in libera republica Scto bene merentibus *hono-* *cio mortuo-*
res, etiam triumphos atque imperatoris nomen, decernebat, si quis a cen- *rum quæ li-*
 turionibus & tribunis, propter res feliciter administratas, laudatus & ordi- *beris etiam*
 ni commendatus esset, ut propter singularem virtutem bene meritis orna- *& familiae*
 menta & præmia tribuerentur. *i)* Aliquando etiam *matronis*, propter infi- *prodest. Lau-*
 gne in rempublicam meritum, cum in publica necessitate aurum contulissent, *datio reo-*
 hunc honorem tribuit senatus, ut pilento, currus quodam genere, quod ad *rum & can-*
 honorem pertinebat, ad sacra ludosque, carpentis autem festo profesto que *didatorum,*
 die, uterentur, de qua re factum esse Sctum, T. LIVIVS testatur. *k)* Vnum *si quis lau-*
 genus honoris olim insolitum & prorsus singulare habebatur, si decretum *dem alterius*
 esset, ut nomen cuiusquam *saliaribus carminibus*, in laudem Deorum ma- *impediat in-*
 xime conceptis, caneretur, quod laudis ornamentum GERMANICO *iuriarum*
 & postea ANTONINO vero, *m)* Philosophi filio, tributum esse nouimus. *n)* *non tenetur.*
 Sed haec talia ornamenta cum ipso imperio dudum occiderunt. Videamus
 potius de *magistratibus municipalibus* & *iudicum* nostrorum potestate. Hi
 quidem dignitates & publica ornamenta hodie nemini efficaciter tribuunt,
 nisi principis nomine & auctoritate, si facultatem honores conferendi a prin-
 cipe, omnis dignitatis fonte, expressa impetrarunt. *l. 5. C. de dignitat.*
 Sed *laudare* tamen bene meritos, aut laudis testimonium quibusdam perso-
 nis tribuere non prohibentur. Igitur de huius *laudationis* fructu expone-
 mus. Plerumque vero vel ipsi magistratus decretis suis & sententiis aut scriptis te-
 stimoniis *immediate* quibusdam personis laudem aliquam tribuunt; aut *mediate*,
 cum decernitur, ut quis per alios auctoritate publica laudetur. Et *primo*
 quidem de *immediata laude iudicis* trademus. Superiores certe quidem
 magistratus, ad quos ab inferioribus prouocari potest, in *appellationis in-*
stantia, quam dicunt, sententias inferiorum iudicum vel vituperant vel lau-
 dant formula solenni: *Daß in voriger Instantz übel gesprochen und wohl*
appelliret, vel contra, Daß wohl gesprochen und übel appelliret. Nemo
 ignorat, quis fructus ex utraque formula expectari possit. Præterea vero
 seueritas iudicantium vix permittit, ut partes litigantes & personae singulares
 in sententia laudentur. Aduocatis tamen in *rationibus decidendi*, sententiæ
 adiectis, interdum laudis & industriae & doctrinae testimonium tribuimus, si
 causas clientum erudite & gnauiter egerunt. Facilius *infamia* litigantibus
 per sententiam iudicis irrogatur, si quis causa cognita, suo nomine, in

S 2

actio.

i) TACITVS II. annal 52.

k) LIVIVS V. 25.

l) TACITVS II. annal 3.

m) CAPITOLINVS in vit. M. ANTONIN. c. 8.

n) vid. præsidis pro-

gramma de *saliaribus carminibus*, anno 1731. promulgatum.

actione famosa, vel ex delicto famoso, ob dolum insignem, sententia expressum, condemnatur *l. 1. 4. §. ult. D. de his, qui not. infam. l. 4. §. 1. 2. D. de suspect. tutor.* Solent tamen Icti ob dignitatem rei, vel alia de causa probabili, *famam* reo expresse *reservare*; interdum etiam tacite, si reum extra ordinem poena duriore ultra legem afficiant, ut *famae* eius facilius parcatur, tunc enim iudex infamiam censetur remisisse. *l. 13. §. 7. D. de his, qui not. infam.* In Saxonia electorali reo, qui propter iniuriam ad *recantationem* damnatus est, nisi atrocissima iniuria fuerit, *fama* reservatur, er soll einen öffentlichen, jedoch seinen Ehren unschädlichen, Wiederruff thun. *o)* Imo vero nouissimo iure iudex, quantum fieri omnino possit, *famae* reorum in his causis parcere iubetur: Auf poenam infamiae soll nicht leichtlich erkannt, vielmehr hierinnen nach Beschaffenheit derer Personen auch anderer mit einschlagenden Umstände gute Maas gehalten werden. *p)* Certe in causis ciuilibus infamiae poenam mirifice auersamur, magisque *laudi* & honestati ciuium fauemus, quamuis facta *laudabilia* raro in sententiis laudentur. Frequentius iudices scripta laudis testimonia ciuibus suis tribuunt, dum vel principi in honorum petitione commendant candidatos, vel criminis accusatos laude honestatis & innocentiae exornant. Disputatione autem vix indiget, si iudex de negotiis ciuium *laudabilibus*, quae actis insinuata & *coram ipso gesta* sunt, testetur, locupletissimum illud testimonium haberi, ob maximam iudicialis fidei auctoritatem. *Cap. 6. X. de renunciat.* Neque tamen prorsus contemnendum iudicis testimonium, si de viua priuata & familiaribus rationibus & negotiis extraiudicialibus ciuium aliquid affirmet. *q)* *Probabilem* enim opinionem pariunt illa testimonia, & *praesumptione* quadam sustinentur. Imo etiam negatiuae laudes, quibus ostendunt iudices, reum nunquam in ius vocatum, nunquam in suspicionem criminis incidisse, nunquam controuersias cum aliis exercuisse, non prorsus infructuosae sunt, ut supra §. III. a nobis comprobatum est. Vnum hoc desideramus, ut *speciales* sint istae laudes, etiam negatiuae, & vel ipsi crimini, cuius accusatur reus, directo oppositae, vel ita conceptae, ut elidant suspensiones criminis, in quas delapsus est reus, qui testimonium magistratus sui inuocauit. Sed de his quidem antea satis disputauimus. Magis attinet de *laudationibus mediatis*, quae a magistratu decernuntur, aliquid monere.

Statuae quidem ut honoris causa cuiquam in publico ponantur, *r)* aut, ut nomen cuiusquam priuati, nisi cuius pecunia opus factum fuerit, operibus

o) MANDAT wider die Selbst-Rache vom 2. Jul. anno 1712. §. 2. *p)* vid. Erläuterungs-Mandat des wider die Selbst-Rache, iniurien und Duelle ergangenen Edict. vom 1. Jul. 1737. §. 1. *q)* vid. illustr. a LEYSER medit. ad pandect. spec. VIII. medit. 9. MEYIVSV p. IV. decis. 2. Carpzou. part. 2. const. 3. defin. 22. *r)* FLIN. I. epist. 17.

ribus publicis inscribatur, magistratus decernere non possunt, postquam principes suo iudicio duntaxat haec ornamenta reseruarunt, atque maiestatis etiam reos iudicarunt magistratus istos, qui, principes nomine omisso, operibus publicis, pecunia publica exstructis, suum nomen inscribere ausi sunt *l. 3. §. 2. D. de oper. publ. & l. 10. C. eod.* Præterea omittere non debeo, præmia, nisi quae legibus definita sint, edictis magistratuum constitui & efficaciter promitti nunquam posse. Inprimis iudici interdictum, ne reo, ut confessionem ex ipso eliciat, in delictis, quae poena capitali aut corporis afflictiva coercentur, spem faciat impunitatis aut poenae mitigandae. Si enim reus in confessione perseueret, nihilominus poena ordinaria afficietur. *Decis. elect. Saxon. 91.* 1) Nouissimo tamen iure fures ante inquisitionem specialem admonendi sunt, quod, furto restituto vel remisso, spontanea confessione, poenam capitalem euitare possint. 2) In poena relegationis magistratus, iurisdictionem patrimoniam, illamque superiorem, habentis, ex beneficio principis paullo laxior est potestas. Prodest enim reo laudis & vitae antea actae testimonium, quod ipsi a iudice tribuitur in Saxoniae electoratu, ut, causa cognita, a Ictis poenae mutatio possit impetrari. Fustigatio enim & perpetua relegatio, si iudex reum laudauerit, ex iusta causa in mulctam conuerti potest, quæ ad *pios usus* adhibenda & consistoriis ecclesiasticis indicanda est. Mulcta vero, quæ propter temporalis relegationis mutationem soluitur, & a Ictis definienda est, ad fiscum magistratus, qui merum imperium exercet, etiam hodie refertur. 3) Sed delicta carnis 4) & alia quædam 5) in Saxonia excipiuntur.

Haec igitur sunt illa laudis & honestatis præmia, quae reis hodie a iudice præstari possunt. Sed veteres quidem SCto interdum decernere solebant, ut quædam personae iussu & auctoritate amplissimi ordinis per alios publice in concione laudarentur. Inprimis *mortuorum funebres laudationes*, quod M. FABIVS QVINCTILIANVS docet, pendebant frequenter ex publico officio, atque ex SCto ipsis magistratibus saepe mandabantur. 6) Generaliter SCto constitutum, ut matronae, propter aurum in re trepida ad liberationem capitolii & vrbis collatum, in funeribus non minus ac viri laudarentur, quod ad perpetuum honorem huius sexus pertinere censebatur. 7) M. TVLLIVS tamen maluit honorationum duntaxat virorum laudes funebres in concione commemorari, ne honos ille, cum pluribus communicatus,

1) vid. Mandat. wider die Abtreib- Umbring- und Wegsetzung der Leibes- Früchte und zur Welt gebohrnen Kinder. dat. Dresden den 14 Octobr. 1744. §. 3. 2) General-Verordnung wegen der Diebe und Räuber de Dato Dresden am 6. Dec. 1741. 3) Erledigung der Landes- Gebrechen an. 1612. tit. von Justitiensachen §. 59. in cod. August. t. I. pag. 230. 231. 4) Ord. matr. de anno 1624. tit. 4. §. und nachdem. 5) vid. Mandat wider die Selbst- Mache von 2. Jul. 1712. §. 60. 6) QVINCTILIANVS Ul. instit. orator. 9. 7) LIVIVS V. 50.

tus, frequentia vilescat. *b)* Placuit enim veteribus laudis ornamenta etiam ad mortuos pertinere, *c)* ideoque coronas, quas mortuus virtute acquisivisset, etiam in funere ostendi. *d)* C. PLINIO, SECUNDO videbatur hic supremus felicitatis cumulus, si quis in *funere* a *laudato viro* laudaretur. Hic enim bonos contigit Virginio Rufo, qui in funere a Cornelio Tacito, illoque tunc consule, laudatus est. *e)* In Claudii funere laudationem ipse princeps exorsus est. *f)* Sola acerba funera, ne plebs commoveretur, subtrahenda oculis, & ne *laudationibus* quidem detinenda, iudicabant. *g)* Quibusdam vero etiam ob indignitatem laudatio adempta, quod M. TVLLIUS, Clodio accidisse, refert. *h)* Ad summum igitur honorem pertinebat, a viris spectatae virtutis in funere laudari. Sed res mirifice corrupta est, postquam coeperunt funera a propinquis & necessariis personis publice laudari. Ita Serranus Tiberius & Regulus filios suos, quod M. TVLLIUS *i)* TACITVS *k)* & C. PLINIUS *l)* testantur, laudauerunt. Idem officium filii parentibus, *m)* nepotes avis & aviis, *n)* subinde praestiterunt. Qua re evenit, ut historia temporum & memoria corrumpere, cum, teste LIVIO, *o)* quaelibet familia ad se famam rerum gestarum honorumque domesticis laudationibus & mendaciis traheret, ideoque singulorum gesta & monumenta publica confunderentur. Idem etiam M. TVLLIUS accidisse queritur, ut coniuncti in laudationibus aliorum decora & ornamenta suis tribuerent, & illa ad memoriam laudum domesticarum & illustrandam nobilitatem suam transferrent. *p)* Neque tamen inutiles & infructuosae fuerunt funebres laudationes. Hae enim interdum seculo, civitati, foro & rostris ornamento erant: *q)* sequebantur honestiora posteritatis iudicia: *r)* ipsi liberi & posteri illorum, qui laudati erant, auctis ornamentis domesticis *honestiores* erant, si laudes parentum, qui usque ad mortem in gloria perseverassent, imitatione virtutis tuerentur. *s)* Ita centurionum & senatorum filiis merita & laudes parentum & maiorum profuisse supra a nobis observatum est.

Nostri moribus ad significandam spem gloriosae resurrectionis & cogitationem mortis civibus iniciendam, itemque ad memoriam meritorum & honestae piaeque vitae, usque ad mortem feliciter exactae, superstitionibus propter exemplum commendandam, *laudationes* & conciones funebres consuetae, si exequiae solennes instruuntur, Die Leichen-Predigten mit der

- b)* CICERO. II. de legibus 24. *c)* Idem. de legibus 24. *d)* RAEVARDVS in comment. ad LL. XII. tab. cap. 15. oper. tom. I. dag. 69. sqq. *e)* PLINIUS II. ep. 1. *f)* TACIT. XIII. annal. 3. *g)* Idem XIII. annal. 17. *h)* CICERO orat. pro T. Ann. Milone c. 13. *i)* CICERO ad Q. Fratrem ep. 8. *k)* TACITVS IV. annal. 12. *l)* PLINIUS IV. ep. 7. *m)* SVETON. in Tiber. c. 6. *n)* TACITVS V. annal. 1. & SVETONIUS in Caigul. cap. 10. *o)* LIVIUS VIII. 40. *p)* CICERO in Bruto c. 16. *q)* PLINIUS II. epist. 1. *r)* QVINCTILIANVS III. inst. orator. 9. *s)* QVINCTIL. loc. cit.

ganzen Schule, concedi solent. Sed publicae ceremoniae ab his, qui rebus ecclesiasticis moderandis praefecti sunt, reguntur. Si quid *extra ordinem* & praeter consuetudinem petatur, imprimis *conciones in memoriam defuncti*, qui iam ante aliquot hebdomadas humatus est, a principe impetrari debent. Es sollen die Gedächtnis-Predigten Niemanden ohne Ihro Königl. Mai. allergnädigster special-Erlaubnis verstattet werden. ¹⁾ Propter exemplum igitur atque ad utilitatem & memoriam posteritatis mortui laudantur, quamvis ad ipsos mortuos quidem nullus ex hac re fructus peruenire possit.

Magis interest, laudari *viuos*, in summum discrimen & periculum capitis adductos, qui nullam spem habent, nisi in fructu temporis prioris atque in memoria pristinorum meritorum vitaeque, quam antea egerunt. Quod cum intelligerent Romani, *reis*, qui, propter crimen capitale ab accusatoribus delati, in publicum iudicium pertrahebantur, dabant *laudatores*, qui memoriam & laudem prioris temporis apud populum repeterent, reosque iudicantium miserationi & fauori commendarent. Sed haec laudatio ut vim aliquam haberet, reusque iudicio & auctoritate laudatoris frueretur, viri *spectatissimae virtutis*, & qui multum gratia apud iudices valerent, laudationis officium suscipiebant. Ita Cn. POMPEIUS P. Sextium, ^{u)} M. TVLLIUS Vatinium, ^{x)} nouem consulares Scaurum ^{y)} laudauerunt. Etiam absentes, ne officium pietatis & amicitiae deseruisse censerentur, per *tabulas* laudabant, ut P. LENTULUS, qui ex ultimis terris, hoc est, ex Hispania citeriore, cui cum imperio praefuerat, laudationem reis dicitur misisse. ^{z)} Interdum quoque *provinciae & ciuitates* recordatione meritorum & grati animi significandi causa praesides quondam suos & proconsules per legatos aut tabulas laudabant, ut Puteolani, qui M. COELIO non solum praesenti summum honorem habuerunt, sed etiam absentis causa, cum in reatu esset, legatos, viros lectissimos, cum *grauissima & ornatissima* laudatione ad iudicium miserunt. ^{a)}

Et habebant profecto laudationes illae non minus momenti in iudiciis, quam nota ista patronorum officia, qui reos oratione defendebant. Certe M. FABIVS QVINETILIANVS auctor est, reis non solum patronos, sed etiam *laudatores*, amplissimi ordinis decreto, datos esse; ^{b)} ut intelligatur, non minus reis laudatores profuisse, quam patronos. Nimirum inter patronos, laudatores & testes aliquid discriminis interfuit. *Patroni* totam

¹⁾ Reglement wegen derer Gedächtnis- und Leichen-Predigten in der Stadt Leipzig. Cuius norma etiam consistorio ecclesiastico Vitembergensi praescripta est mandato regio & el. Sax. de dato Dresden am 15. Maii. 1724. ^{u)} CICERO ad famil. I. epist. 9. n. 13. ^{x)} Idem num. 8. ibid. ^{y)} ASCONIUS in orat. pro M. SCAURO sub finem. ^{z)} CICERO ad famil. I. epist. 9. num. 52. ^{a)} Idem in orat. pro M. COELIO cap. 2. ^{b)} QVINETIL. III. inst. orator. 9.

tam causam peragebant, & non solum, allegatis circumstantiis rei gestae, quae vel ad suspicionem elidendam, vel ad ipsius criminis excusationem pertinere viderentur, rem totam diligenter & ornatè enarrabant, sed etiam vitae antea actae decora & ornamenta ostendebant, illorumque commemoratione miserationem & fauorem iudicantium reo impetrabant. Sed ipsam quidem rei gestae historiam ut in iudicio probarent patroni, *testes* euocabant, qui nonnunquam praesentes in conspectu iudicantium, quae facta essent, dicerent & rei innocentiam purgarent. *c)* Extremo, cum de vitae antea actae meritis dicendum erat, *laudatores* comtas & ornatas orationes intermiscabant, quibus laudis & rerum bene administratarum testimonium continebatur. Ita M. TVLLIUS Vatinium non solum *defendit* ut patronus, sed etiam postea, cum alius patronus causam diceret, *laudauit*. *d)* Solebant enim non modo plures laudatores dari, sed plures etiam patroni, qui mutuis officiis laudationis & defensionis fungebantur; ut appareat, *testes & laudatores* fuisse *instrumenta probationis*, quibus patroni in enucleanda rei gestae & vitae antea actae historia subinde utebantur.

Desero infensum & miserabile reorum nomen, & malo de spe candidatorum aliquid monere. Sed de hac multi diligentius exposuerunt. Vnum adicere debeo, omnia illorum studia, quae in *blanditiis*, *affiduitate*, *benignitate* & *tota populari ratione* *e)* occupata erant, ad id pertinuisse, ut suffragatoribus ab amicis laudatione quadam publica commendarentur. Maxime vero laudabantur a senatu, qui *recipiebat* candidatos, sed istos duntaxat, qui non indigni viderentur, eosque suo iudicio ornabat, illorum, quos recepisset, nomina populo edebat, ut ex his eligeretur, qui ad honores perueniret. *f)*

Non possum ab hoc argumento discedere, nisi addiderim illud LABEONIS apud VLPIANVM, qui, impune, ait, *impediri* aut prohiberi posse, *ne quid in alterius honorem & laudem decernatur*, neque alicui imago aut statua ponatur, ideoque illum, qui de honoribus alicuius, ut puta imagine aut statua ponenda, non passus sit decerni, negat *iniuriarum* conueniri posse, quamuis illud contumeliae causa prohibuisse videatur. Multum enim interesse putat LABEO, utrum contumeliae causa aliquid decerni *l. 13. §. 4. D. de iniur.* Recte LABEO videtur iudicasse. Libera enim esse suffragatio & diligenter deliberari debet, priusquam honores decernantur. Hinc utilis est omnes audiri, qui habeant, cur intercedant & prohibeant, ne honores alicui non merenti decernantur. Pertinebat quidem non ad honorem, sed ad contumeliam candidari, si quis prohiberet, ne ille honoribus quaesitis potiretur; sufficiebat tamen ad iniuriae suspicionem declinandam, si nihil

c) QUINCTIL. V. inst. orator. 7. & ISIDOR. orig. voce: testis. *d)* CICERO ad familiar. I. epist. 9. n. 8.

e) Idem de petitione consulatus cap. 11. seqq.

f) vid ROSIN. antiq. Roman. lib. 7. cap. 8. p. 427.

hil de vera eius laude & dignitate iam parta detraheretur. *Iniuriam* certe non facit, qui *honores futuros* sine cauillatione & mendacio impedit. Hi enim honores futuri nullo iure perfecto debentur candidatis, ideoque, qui illos prohibet, non damnum facit, sed lucrum & commodum futurum intercipit aut præripit, quod ex iusta causa fieri posse etiam *PROCVLVVS* affirmat, l. 26. *D. de damno infecto & de suggr.* Præterea publice interest, ne quisquam illorum, qui ius contradicendi habent, metu actionis iniuriarum, ne veritatem contra candidatum profiteri possit, in decernendis honoribus prohibeatur. Aliud dicendum, si quis honores iam quæsitos corrumpere aut de illis aliquid imminuere audeat, ut, si statuam alicuius & imaginem, infamandi causa, caedat. Contra hunc enim ex *LABEONIS* sententia propter iniuriam efficaciter agetur l. 27. *D. de iniur.*

§. VII.

Extremo loco de illa specie laudationis dicendum est, quam *legitimam* Laus legisolemus appellare, cum *quædam facta ipsis legum verbis* a iuris interpretibus aut legislatoribus *laudantur.* Hoc certe genus laudis nullam habet inuidiam & innocentissimum videtur. *Facta* enim & sententiae, non facile *personae*, in *legibus* laudantur. Hinc nulla gratiae, adulationis aut assentatiunculæ, in laude legitima, suspicio est, qua pleraeque personarum laudes facilius contaminantur.

Nimirum, ut de sententiarum laude ordiamur, veteres plerique ea modestia in exercendis controuersis fuerunt, ut non damnarent aduersariorum sententiam, sed, quoties ab aliorum opinione discedendum esset, laudarent duntaxat & præferendam esse dicerent contrariam opinionem, ad quam ipsi se adiungerent & quam in foro recipiendam esse iudicaret. Frequentissime dissensum hac formula, *verius & melius*, aut *aequius & melius, videri*, declarauerunt. Ita *VLPIANVS* cum dubitaretur, utrum aduersus parentes aut patronos *interdicto de vi & vi armata* locus dari posset, non viruperavit sententiam illorum, qui hoc interdictum admitterent, sed, *verius* tamen esse, dixit, quod hoc *interdictum* liberis & liberris non concedendum sit, & *melius* videri, *actionem in factum* duntaxat competere liberis & libertis aduersus parentes & patronos l. 1. §. 43. *D. de vi & vi armat.* Quamuis enim idem *VLPIANVS* cum *IULIANO* aliis in locis *simpliciter negauerit*, hoc *interdictum*, quod facinoris atrocitatem commemoret, aduersus personas honestiores dari posse, l. 11. *D. de dolo mal.* l. 7. & 2. *D. de obseq. parent. & patron. præst.* tamen, cum res in controuersiam adducta esset, noluit aduersam opinionem falsam aut improbam dicere, sed suam tantum meliorem & veriore appellauit d. l. 1. §. 43. *D. de vi & vi armat.* Modesta vero illa propriae sententiæ laudatio ita in legibus nostris accipienda est, ut *contraria sententia repudiata & correctæ* esse censeatur.

tur. Eadem formulam *melius* esse dicitur, si alter lucro careat, quam si alter damno propter lucrum alterius afficiatur *l. 14. pr. D. de relig. & verius esse censetur, partem sumtus, quam quis non animo donandi fecerit, recuperari posse, cum potius contraria sententia prorsus falsa indicari potuisset l. 14. §. 9. D. de religiof.* Non dissimili moderatione *VLPIANVS*, cum omnes cognatos præter parentes & liberos & fratres a querela inofficiofi testamenti abscissis verbis potuisset repellere, illos tantum *laudauit*, qui non instituerent hanc querelam. Reliqui enim, inquit, cognati, qui sunt ultra fratrem, *melius* facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum spem obtinendae causæ non haberent *l. 1. D. de inofficiof. testam.* Igitur, dum modeste *laudatur* altera sententia, tacite opinio contraria damnatur & reiicitur. Etiam *PROCVLVVS* & *IAVOLENVS* in iudicandis negotiis, quæ *aequitate* & boni viri arbitrio reguntur, maxime in controuersis de dote & re uxoria, si quam sententiam non probarent, illam nec *melio-riorem*, neque *æquio-rem* esse, sine acerbitate & vehementia pronunciabant. *l. 82. D. de solutionib. l. 66. §. 7. D. solut. matrim.* Generaliter etiam *M. TVLLIVS* in rei uxoriae arbitrio & aliis eiusmodi iudiciis illud, quod *melius æquius* videatur, præferendum esse docet; 2) non, quasi contraria etiam sententia possit *æqua & bona* appellari, sed quia modestius falsa sententia damnatur, si contraria, quasi *æquior & melior*, præfertur. Non multum ab hac formula abhorret alia, quæ *VLPIANVS*, *MODESTINVS* atque *MARCIANVS* aliquoties usi sunt, cum sententiam, quam probant, *humanio-rem, benignio-rem, humanam interpretationem, benignitatis temperamentum* appellauerint, *l. 1. §. 6. D. ad SCtum Tertullian. l. 25. D. de legib. l. 11. pr. D. de poenis.* Sed hæc quidem, quæ a *veriore, meliore, humaniore, benigniore* sententia discedunt, plerumque *dura, aut duriora*, dicere solemus; ut appareat, *illis laudibus* sententiarum inprimis commendari *aequitatem*, quæ efficiat, ut sententiam sententiae aduersae præferamus *l. 11. pr. D. de legib. l. 38. §. 9. D. ad L. Iul. de adult.* Non alia significatione dicitur interdum, *magis esse*, ut alteram sententiam sequamur. Ita secundum *VLPIANVM* *magis* debet iudex abstinere a diuisione agri vectigalis, per quam solutio vectigalium plerumque confundatur *l. 7. pr. D. commun. diuid.* Pleniori sensu etiam in *SCtis*, quibus aliquid præcipitur, iudex *recte facturum* esse dicitur, si voluntati senatus obsequatur. Haec enim verba præceptum continent & iubendi potestatem habent, quod ex ipsa formula *SCti Velleiani* intelligitur. *l. 2. §. 1. D. ad SCtum Velleian.* Ita *VLPIANVS* dixit, iudices *recte & ordine* facturos, si formam, iuri civili conuenientem, assidue sequantur *l. 27. §. 1. D. de liberal. caus.*

Non solum vero sententiæ iudicum & interpretum, sed non raro etiam facta personarum immediate, generali tamen formula, laudantur. HONORIVS & THEODOSIYS laudabilem titulum appellant, si quid ad refectiorem itinerum vel pontium & viarum conferatur. l. 7. C. de SS. eccl. Aliquando magis specialiter laus pietatis tribuitur quibusdam factis personarum. PAPINIANVS certe paternam pietatem appellauit, si pater filiam, quam potuisset occidere, quamuis in adulterio deprehensam, non occiderit. l. 22. §. 4. D. ad leg. Iul. de adult. MARCIANVS etiam, inofficiosum testamentum recte quidem factum esse, ait, sed non ex pietatis officio, cum pertineat ad parentis officium, ut pietati obtemperet in testamenti factione l. 2. D. de inoffic. testam. Laudantur vero subinde in legibus facta personarum, quae ad honestatem referuntur, & quae occultas quasdam vires & circumstantias desiderant, sine quibus officia illa administrari nequeunt, ideoque legibus ciuilibus abscisse non praecipiuntur, sed commendantur tamen & laudanda esse iudicantur. Ceterum haec talia arbitrio cuiusque, qui suo se modulo metiri debet, relinquenda sunt, ut ne quidem a tutoribus vel curatoribus haec officia honestatis, si summum erogationem desiderant, efficaciter, sine discrimine, decerni possint, sed plerumque usque ad aetatem maiorem pupilli vel minoris differantur. Igitur laudatur quidem frater & honeste fecisse dicitur, si dotauerit sororem uterinam, quae sine dote non potuit conditionem nubendi inuenire; sed tutoribus tamen non permittitur nomine pupilli dotem dare sorori uterinae, quia haec honestas liberalitatem desiderat, quae seruanda est arbitrio pupilli l. 12. §. 3. D. de administr. & peric. pupil. Laudantur tamen haec facta, ut diximus, quoniam a virtute quadam occulta proficiuntur, quae prouocanda est laudatione, & fructu aliquo ornanda. Ita laudatur heres, qui non paruit ineptae testatoris voluntati, quamuis, si obtemperasset, iure stricto excusationem inuenire potuisset, l. 27. pr. D. de condit. instit. MODESTINVS proponit eiusmodi speciem, in qua testator hac conditione heredem instituerat, si reliquias eius terrae non mandaret, sed in mare proiiceret, ab undis piscibusque consumendas. Potuisset heres excusari, si in mare proiecisset testatoris reliquias, illis temporibus maxime, quibus nondum necessaria erant sepulturae solennia, nec sacris ceremoniis omnino regebantur. Neque enim in illis tenebris quilibet heres tam luculento erat ingenio, ut intelligeret, ineptam esse hanc conditionem. Quaerebatur vero, utrum ipsi delata sit hereditas, cum non paruerit conditioni, sed humauerit reliquias inepti testatoris. Respondit MODESTINVS: laudandum potius heredem esse, quam accusandum, qui ea fuerit intelligentia, quae non a quolibet herede expectari possit, ut reliquias testatoris non in mare proiiciendas esse iudicauerit, sed, memoria humanae conditionis, illas sepulturae tradiderit contra testatoris voluntatem d. l. 27. pr. D. de condition. instit. Non dissimilem speciem tra-

Statuit *VLP IANVS l. 1. §. 3. D. de pericul. & commod. rei vendit.* quam proposuimus *in fronte dissertationis.* De venditore disputat, qui vinum vendidit, sed propter cunctationem & ineptias emtoris nondum admetiri vinum potuit emtori, diem tamen constituit ad metiendum, aut coram testibus aut per iudicem, testato, vel solenniter, denunciauit, ut vel rollat vinum, vel sciat futurum, ut vinum venditum effunderetur. *Licebat* venditori, stricto iure propter moram emtoris, vinum effundere post denunciationem; cum nemo cogi possit, ut res alteri debitas custodiat post moram creditoris. Hoc intelligitur ex lege venditionis, quam Cato commendauit. Plerumque enim tempus admetiendi & exportandi vini pactionibus veteres definebant, hac formula adiecta: *si ante illud tempus vinum non deportauerit, dominus seu venditor vino, quid volet, faciet.* ^{h)} Magis specialiter de mensura: *vinum accipito ante kalendas Ianuarias primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur.* ⁱ⁾ Sed quomodo potuit venditor admetiri vinum, nisi illud in vasa alia, quamuis minus utilia, aut quacunque ratione, pro loci & temporis opportunitate; effuderit periculo emtoris. Neque enim quilibet venditor doliis carere potest, quibus vinum asseruatur, sed multi, circa tempus vindemiae inprimis, nouum vinum inopia doliorum profundere aut derelinquere cogentur, si vinum vetus venditum non admetiri emtoribus, neque dolia euacuare, possent. ^{k)} Igitur ad honestatem pertinet, si quis diligentius conquisiuerit dolia, & seruauerit vinum venditum cum suo incommodo, ad quod suscipiendum non potuisset inuitus cogi ab emtore. Non omnia autem cuilibet honesta sunt, quae aliis licita & permissa esse iudicantur, *l. 42. pr. D. de ritu nuptiar.* Quid enim diceremus, si habuisset venditor plura dolia, ut absque incommodo vinum venditum seruare potuisset. Respondit *VLP IANVS*, quia obscurum sit, utrum potuisset venditor doliis carere; stricto iure simpliciter quidem non accusandum videri venditorem, si vinum in hac specie effuderit, sed potius tamen *laudandum* esse, si vinum non effuderit, cum propter incertam doliorum copiam effundere omnino potuisset *d. l. 1. §. 3. D. de pericul. & commod. rei vendit.* ^{l)}

Habes varias & diuersas species *legitimae laudationis.* Sed nauigamus in turbido. Igitur quaerenda est cynosura, ut recto itinere eo, quo destinauimus, perueniamus. Sciscitaris enim, quem *fructum* expectare possis ex *legitima laudatione.* Neque vero dissimulandum est, ambiguas videri laudes illas, neque unam esse illarum interpretationem, sed variam, pro materia diuersa. Videamus tamen, an quid certi possit definiri.

Nimi-

^{h)} CATO de re rustica. cap. 148. ⁱ⁾ Idem loc. cit. ^{k)} vid. GER. ARD. NOODT. in comment. ad pandect. tit. de peric. & commod. rei vend. p. 413. ^{l)} vid. idem in Iul. Paull. cap. penult. & ult.

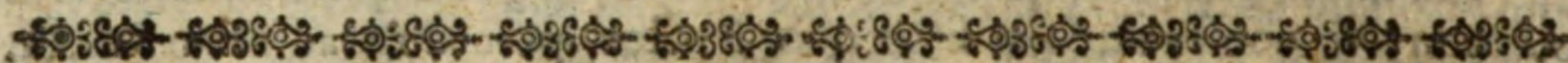
Nimirum, aut sententiae laudantur, aut facta personarum, quod supra a nobis observatum est. Si *sententiae* & opiniones interpretum laudantur, atque altera, ut *verior*, *aequior*, *melior*, *humanior*, *utilior*, alteri & contrariae sententiae simpliciter praefertur; sine dubio *adversa sententia damnatur*. Igitur, qui veriore, & utiliore sententiam secutus fuerit, siue agat siue ab altero conveniatur, merito *victoriam* expectat. Nihil etiam, quod de sumtibus timeat, habebit. Summus enim restituere debebit adversarius, qui receptam sententiam & ius fori non debuisset ignorare.

Sed maior difficultas perturbat interpretes, si *facta* quaedam in legibus laudentur, & constituendum sit, quis fructus peruenire ad illum debeat, qui fecerit aliquid, quod *laudandum* esse iudicatur. Illud quidem expeditum est, causa eum cadere non posse, qui accusetur propter factum, quod veteres laudandum esse censuerunt. Sed praeterea, qui laudandum aliquid fecit, plerumque etiam *actionem* habet contra adversarium *ad indemnitatem consequendam*, ne alter locupletior fiat cum ipsius damno. Itaque venditor in illa specie, quam extremo loco proposuimus, si vinum nempe non effuderit, non solum accusari nequit, sed etiam *mercedes* doliorum *repetere* potest, si eius interfuit, ut doliis inanibus ipse uteretur, aut si illa aliis locare potuisset *l. 1. §. 3. D. de peric. & commod. rei vendit.* Ex hac causa etiam alimenta repetuntur, quae ab avia naturali pietate praestita fuerint nepoti, si testata fuerit, quod non animo donandi, sed repetendi, alimenta praestiterit nepoti *l. 34. D. de negot. gest.* Eodem iure utimur, si quis funeraverit defunctum, quamvis herede prohibente. Efficaciter enim repetit expensas, &, quia *laudandus* est, qui funeravit, iudex iubetur, solutius aequitatem sequi, si de expensis funerum restituendis litigetur *l. 14. §. 13. D. de religios.* Hoc enim supra diligenter comprobauimus. Praeterea cum factum illud *laude*, non *nuda*, sed *speciali*, commendetur propter summam rationem aequitatis; *honestiores fiunt*, quorum facta in *legibus* laudantur, ideoque omnes fructus expectare possunt, quos ad honestiores personas peruenire, supra, *capite primo*, comprobauimus. Certe, si quid in illa controuersia obscurum fuerit, facilius ad *iuramentum suppletorium* admitteretur, qui *laudandum* aliquid fecerit, quam adversarius, qui impugnauerit receptam aequitatem.

Illud vero difficilius, utrum iste, qui factum *laudandum* omiserit, omnino condemnandus, aut certe victoria forense excludendus esse, videatur. Enim vero, cum sententiae laudantur, ut proxime admonuimus, contraria sententia reicitur & vituperatur. Itaque, qui contrariam sententiam secutus est, victoriam non obtinebit. Sed in officiis *honestatis* iudicandis, & quoties aliquid ex mera *aequitate* in *legibus* laudatur, multum iudicis arbitrio relinquendum est, ut circumstantias aestimet; cum una possit
cir-

circumstantia efficere, ut illud, quod antea aequum esse iudicauimus, iniquum esse iudicetur.

Inprimis vero, si adiectum sit in legibus, quod ille, qui laudandum aliquid fecerit, iure propitio etiam contrarium facere omnino potuisset; nemo accusari poterit, si propter occultas rationes illud omiserit, quod alias laudandum iudicatur. Quae cum ita sint, etiam venditor, qui vinum effudit, cum ipsi licuerit vinum effundere, nihilominus pretium petere potest ab emtore, quamuis laudandus esset potius, si vinum etiam post denunciationem emtoris causa seruauisset.



LXXX.

OBSERVATIONES

DE

COMMVNIONE NECESSARIA
ET
INDISSOLVIBILI.

AD L. XIX. §. I. D. COMMVN. DIVID.

VITEMBERGIAE, AD DIEM MARTII. A. Q. S. P. EST CIOIÖCCLI.

L. XIX. §. I. D. COMMVN. DIVID.

Paullus lib. VI. ad Sabinum.

De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi diuidundo, inuito utrolibet, dari non debet; quia, qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet interdum, totarum ædium pretium facere, si alias ædium non habet.

§. I.

*Solitudo
interdum re-
ste expetitur,
fauemus
communio-*

Noli existimare, quod omnes illi aliquid monstri alant & minentur, qui interdum *solitudinem* & *secessum* quærunt, in quo delirescant. Quamuis enim *solitarium* natura non amet, sed semper ad aliquid, cum quo se coniungat, tanquam ad *adminiculum* vitæ & necessitatis, adnitatur, ^{m)} ideo.

^{m)} c. i. c. de amicit. c. 23.

tem desiderant, qui tractet *arcanas* rationes & se ipsum solus ex suis difficultatibus extricet. Multi certe quaerunt solitudinem, ut aliquid moliantur & perficiant, quod non tam sibi prodesse, quam potius aliquando satis cultum & exornatum ad utilitatem plurium conferri possit. His quidem tantum abest, ut ex ope aliorum aliquid utilitatis & commodi accedat, ut perturbentur potius hominum conuentu, atque in honestissimis negotiis, lubricitate sociorum, in periculum & perniciem interdum adducantur. Hoc *VLPRIANVS* itemque *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS*, Augusti, perspexerunt, qui periculosum iudicarunt, quemquam *inuitum in societate & communione detineri*. *l. 26. §. 4. D. de condict. indeb. l. 5. C. commun. diuid.* Eleganter *PAVLLVS*, nullam societatis coitionem in aeternum esse, ait; ut ne conuentio quidem valeat, ne unquam a societate discedatur. *l. 70. D. pro socio.* Nimirum admittit quidem idem *PAVLLVS* speciem aliquam societatis, in qua conuenerit, ut, quamuis non aeterna, tamen *perpetua*, sit societas, dum viuerent utrique contrahentes, quasi *aeternum* sit, quod etiam ad heredes transeat & nunquam finiri possit; *perpetuum*, quod sola sociorum morte dissoluatur. *l. 1. D. pro socio.* Sed subtiliter *POMPONIVS* interpretatur, etiam *perpetuam* societatem facile disiungi; ut ne illa quidem satis tuta sit, in qua conuenit, ne intra certum tempus a societate recedatur. Si enim socius damnosus aut iniuriosus fuerit, locum dabimus renunciatione; *l. 14. D. pro socio.* quasi hac conditione contracta sit societas, ut illa perduret, si bene conueniat inter socios, qui coiuerunt.

IULIANVS atque *CELSVS* etiam longius processerunt, ut, quamuis *iura* diuidi non possint, duo tamen fructuarii etiam usumfructum recte *diuidant*, &, vtili iudicio *communi diuidundo*, inter se experiantur. Ad praetoris enim officium pertinet, ne illos ad arma & rixas peruenire patiatur *l. 3. §. 3. D. de usufr. & quemadm.* Quæ cum ita sint, *PAVLLVS* nihil omnino *indiuisum* relinqui voluit inter illos, qui *res communes* possideant; *l. 25. §. 20. D. famil. erisc.* ut ne pacto quidem locus detur, ne res illae unquam diuidantur *l. 14. §. 2. D. comm. diuid.*

Quod ne quis a iuris interpretibus contra *naturalem rationem* introdu-
ctum esse arbitretur, in ipsas hominum *origines* intueamur, ex quibus intel-
ligimus, cum ipso fere genere humano enatum esse studium *proprietatis*, ut,
quantum fieri posset, singuli *separatis rationibus*, pro suo quisque modulo,
subinde uterentur. Disputatione vix indiget, in primæua illa hominum *pau-*
citate possessionem orbis terrarum *communem omnibus hominibus* fuisse, ne-
que suam cuique partem a natura attributam, qua singuli, nisi ope aliorum
in multis necessitatibus subleuati, ne frui quidem potuissent. Neque tamen
omnino placent mihi, quae de *communione* quadam *affirmatiua*, cum *iure*
condominii coniuncta, ab interpretibus traduntur. Nimirum constat inter
omnes, præcipuam partem *dominii* aut *condominii* consistere in iure quodam
exclu-

excludendi omnes alios, ad quos res nostra non eodem iure pertineat. Igitur, si quis fingat dominium aliquod uniuersi generis humani, quis esset, quem totum genus humanum *iure domini excluderet* a rerum suarum contrectatione; cum ne quidem cogitari queat aliquis, præter hominem, qui orbem terrarum possidere, aut a genere humano excludi, posset. Certe ipsum *numen* illud, quod sola reuerentia animi intuebantur, & a cuius beneficio haec omnia profecta sunt, homines, sine nota quadam insaniae & furoris, excludere non poterant. Quomodo igitur in primaeva communione genus humanum habere potuit ius *omnes alios* a rerum suarum contrectatione *excludendi*, cum nemo existeret, qui excluderetur. Superest, ut dicamus, *negatiuam* fuisse illam hominum communionem, quae solum ius utendi fruendi comprehenderit, sed tam sancte & religiose a sociis custodiendum, ut nemo alterum prohibere posset ab usufructu *rei occupatae*, quam diu primi possessoris necessitates & commoditates postularent, ut rebus apprehensis *solus* uteretur. Vnum erat possessoris officium, ut, tandem *satius* rebus occupatis, quarum non amplius indigebat, sponte decederet, illasque permetteret egentioribus, qui non minus æquo iure ad communionem illam ab ipsa natura aduocari esse censebantur.

Neque tamen in negatiua etiam communione plurimi subsistendum esse crediderunt propter necessitatem culturae & metum periculorum, quibus omnis communio plerumque perturbatur. Pigebat enim agrum conserere sine spe messis ad colonum peruenturae, quam a vicinis & negligentioribus *iure communionis* interceptum iri præuidebant. Nemo audebat aduersus frigora & tempestates diligentius aedificare, cum timeret, ne, mox sedibus expulsus & nido eiectus, ad eadem frigora & easdem tempestates reuertere cogeretur.

Sic vos non vobis midificatis, aues.

Itaque placuit plerisque, *perpetuo* res occupatas retinere & ab aliorum usu communi *separare*, agrum & tugurium palis aut vallo & sepibus munire, ut alii accessu & aditu prohiberentur, aut certe terrore armorum & exercitatione bellandi efficere, ne alii prope ipsos consistere auderent. Hoc est, quod NERVA filius, ex naturali possessione rerum dominia enata esse, ait. *l. 1. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Ita certe Germanis nostris olim, si C. IUL. CAESARI credimus, maxima laus esse censebatur, quam latissimas circum se, vastatis finibus, *solitudines* habere, ut nemo apud illos auderet consistere, sed ipsi, metu repentinae incursionis sublato tutiores in suis sedibus haererent. *)

Ita gentes & cognationes hominum res suas ab exteris coeperunt separare. Sed inter ipsas gentes etiam singuli patresfamilias & singularem re-

*) IUL. CAESAR VI. de bell. Gall. c. 23.

rum possessores intellexerunt, quantum sua inter sit, ne promiscue cum omnibus, sed *separatim*, res quisque suas & necessitates procurent. Hinc ædificia etiam continentia, interiectis parietibus, seiungere coeperunt, quod PAVLLVS observauit l. 4. §. 10. D. fin. regund. Certe Germani nostri quondam maluerunt *discreti* ac *diuersi* habitare, neque sedes & ædificia *connexa* & *cohaerentia* constituerunt. Suam quisque domum spatio circumdederunt, ne a vicinis iniuriam acciperent, neue, incendia exorta, omnes cognitionis sedes, communicato periculo, consumerent & perturbarent. *)

Eundem morem etiam posteri retinent. *Pagos* enim, ubi visum est, instituunt, ut fons, ut nemus, placuit, sed relicto interuallo, quo ab aliis pagis discernantur. In ipsis pagis una duntaxat domus diligentius ædificata & munita, quam vasalli nobiles aut dominus inhabitat cum suis. Nostri das *Schloß* oder *Herren-Haus* appellant. Circa domum illam casae rusticorum, quondam seruorum in Germania, x) nunc certe censuum & operarum præstatione obstrictorum, ut domini commodius res suas administrarent. Ita pagus uniuersus speciem unius domus aut familiae ab aliis segregatæ & *solitariae* continet, cum qua tuguria seruorum libertorumque, non alia ædificia continentia, cohaerent. Imo vero, postquam necessitas Germanos etiam *ciuitates* instituere docuit, singuli domum & penates suos muris aut sepe muniunt, ut, quantum fieri possit, nihil habeant *commune* cum vicino. Es soll auch ein jeder seinen Theil des Hofes vermachen, und wer das nicht thut und es entstehet Schaden daraus, der soll ihn ersetzen. I. E. R. art. 49. Man mag auch wohl einen Hof mit Zäunen, Stacketen oder Mauern, also hoch, als ein Mann auf einen Pferd sitzend reichen kann, befestigen, Thürmer und Brust-Wehren aber sollen nicht dran seyn. III. E. R. art. 66.

§. II.

Quaedam *communio* *necessaria est* *& indissolubilis* *inprimis ob statum personarum & familiae clerici non facile sacerdotio renunciare possunt neque ecclesia mater a filio sepi vari.* Accepisti, ex quibus causis placuerit plerisque, res suas atque rationes *separare* ab aliorum consortio, & exclusis aliis, *solitudinem* aliquam & *secessum* quærere, ne aliis molesti essent, atque ut suas necessitates soli procurarent. Enim vero etiam auiculæ & pleraque animalia, quæ spiritu reguntur, ipsa adeo natura admonente *nidos* sibi construunt aut quærunt, quos *proprios* habeant, in quibus confideant, & ad quos, remotis aliis, non se recipiant, in quibus aliquando delitescant. Sed *communitas* tamen & *conuictus* hominum, ut supra observauimus, non solum *naturalis* est, sed etiam *necessitate* quadam naturæ regitur & imperatur, ut homines ab hominibus, in quibusdam causis, se prorsus segregare, aut a *communione* *discedere* non posse, videantur. *Communione* enim *necessariam* generaliter dicimus, coniunctionem aliquam cum aliis, quos

*) TACIT. de mor. Germ. 16.

x) Idem de mor. Germ. 25.

quos non voluntate nostra *eligimus* focios, sed ad quos *casu* quodam ita pertrahimur, ut lucrum aut damnum ex illorum factis ad nos perueniat. *Indissolubilis* autem communio est coniunctio hominum, qui ita implicati & connexti sunt, ut res atque rationes quasdam *necessario* communes habeant, & *sine iactura illarum rerum*, a communione se retrahere non possint. Hæc vero *necessitas coniunctionis*, cum vel ex *personarum statu* & conditione enascatur, vel ex *iure rerum* quarundam, quæ pluribus *necessariae* sunt, & *separari nequeunt*, descendat, vel *facto* aliquo, quod ab initio *voluntarium* erat, vel in iure publico aut priuato, ipsius legis civilis dispositione, nobis imponatur, ut quarundam rerum communionem deferere impune & sine damno non liceat; operæ pretium erit, si de singulis speciebus seorsim & separatim exponemus. Et primo quidem de *statu personarum, familiae* maxime, trademus. Tota nimirum *domus*, quod M. TULLIVS observat, 1) coniugio & stirpe coniungitur, serpit sensim foras, *cognitionibus* primum, tum affinitatibus, deinde amicitiiis, post vicinitatibus. Sed coniunctiones illae domesticae, quae ipso *sanguinis* vinculo arcano connectuntur, tam sanctae sunt & necessariae, ut, quantum ad *naturales* cognitionis effectus attinet, prorsus elui & dissimulari aut *dissolui* non possint, sed quicquid omnino interuenerit, tamen perpetuo nos teneant & adstringant atque prohibeant, ne *naturale* illud *ius sanguinis* omnino deferamus. Eleganter CASSIVS observat, consanguineos sanguine connecti, & quamvis nullum civile vinculum accedat, nulla tamen ratione effici posse, quo minus sit *consanguineus*, qui *sanguine* nobiscum sit coniunctus l. 1. §. D. de suis & legitim. hered. Sed addit rationem IUSTINIANVS imperator, quod civilis ratio civilia iura possit corrumpere, *naturalia* vero *cognitionis* iura nunquam perturbare, cum haec ab ipsa natura & sanguine profecta esse censeantur. §. ult. inst. de legitim. agnator. tutela.

Sanguinis igitur societas & coniunctio *indissolubilis* est, & parit naturalem aliquam *necessitudinem*, ut *necessarii* dicantur, qui ipsa sanguinis coniunctione nos attingunt. Hae sunt simplices illae & absolutæ *necessitudines*, quas M. TULLIVS appellat, quæ *mutari* penitus nequeunt, & ex quibus nos extricare non posse iudicamur. 2) Sanguinis certe coniunctio & benevolentia deuincit homines caritate. Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, iisdem uti sacris, sepulcra habere communia. 3) Quapropter nihil magis inhumanum atque ab ipsa natura alienum iudicatur, quam abiicere & sine causa idonea a se prorsus remouere, quos communes origines & idem fere sanguis ac spiritus nobiscum coniunxerunt. Hinc *atrox*, id est, maior ac contumeliosior iniuria a LABEONE appellatur, quae personis *coniunctis* illata sit, quibus ut parceremus, ipsa nos cogitatio naturae

V 2

& hu-

y) c. 1. c. V. de fin. c. 23. offic. 17.

z) Idem II. de inuent. 57.

a) c. 1. c. I.

& humanae conditionis admonere potuisset. *l. 7. §. 7. 8. D. de iniur. c. a. r o l v s V.* imperator, ne crudelissimum quidem illud dissectionis in quatuor partes supplicium, quod *L I V I V S* parum memor humanitatis exemplum appellat, ^{b)} sufficere existimavit ad illorum improbitatem puniendam, qui, *sanguinis* obliti, etiam personas *coniunctas*, nefario perfidiae exemplo, *prodiderunt.* *Ord. crim. Carol. art. 124.* Inprimis vero magnam vim & necessitudinem, magnamque religionem habet *paternus maternusque sanguis*: ex quo, si qua macula concepta est, non modo elui non potest, verum usque eo permanat ad animum, ut summus furor atque amentia consequatur. ^{c)} Et haec quidem necessitudo tam sancta est, ut omnes contineat, qui, etiam *ciuili* duntaxat *fictione*, inter se se *parentum* atque *liberorum* locum videntur obtinere. A maioribus enim traditum est, praetorem quaestori suo *parentis loco* esse oportere: nullam, neque iustiores, neque grauiorem, causam necessitudinis posse reperiri, quam coniunctionem sortis, quam provinciae, quam officii, quam publicam muneris societatem; ut etiam post reditum quaestor praetorem, qui parentis numero ipsi fuerit, quamuis ob veram iniuriam, *pie* non potuerit omnino accusare. ^{d)} Eodem iure in *adoptionibus* utimur, ut illam, quam filiae loco in familiam receperis, docente *G A I O*, ne quidem post emancipationem, licet *dissoluto vinculo* adoptionis, ducere uxorem posse videaris. *l. 55. pr. D. de ritu nuptiar.* Maxime autem pater & filius *natura*, aut porius propter vinculum potestatis, in *unam personam* coaluisse, & filii in *condominium* rerum paternarum & bonorum omnium *communione* admissi esse censentur. *l. 11. C. de impub. & al. substit.* ^{e)} Hoc etiam ad arrogatos tractum est, ut ab arrogante non solum in familiam, sed etiam in rerum omnium societatem, recepti esse videantur. Hinc socius filii arrogati, quamuis non fiat arrogatoris socius, tamen a patre arrogatore socii sui non potest ita se retrahere, quominus ab illo propter societatem filii & unitatem personae interdum possit conueniri *l. 65. §. 11. D. pro socio.*

Non minus naturale est vinculum, quo mater liberos attingit. Neque enim poterit a parte viscerum suorum ita se disiungere, ut illorum penitus obliuiscatur. Certe non odiosam matri conditionem iudicamus, si a *liberis* non *discedere*, sed *perpetuo* cum illis *manere*, iubeatur. Hoc enim *P A P I N I A N V S* obseruauit. *l. 72. pr. D. de condition. & demonstrat.* Sed longius processit *C O N S T A N T I N V S* imperator, ut in diuisionibus hereditatum, ne *seruorum* quidem aut colonorum *familiae* distrahendae sint, sed uni totae assignandae. Quis enim ferat, inquit, liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris coniuges segregari. *l. 11. C. comun. utriusque iudic.*

^{b)} *L I V I V S l. 28.*

^{c)} *c i c. orat. pro Sext. Rosc. Amer. cap. 14.*

^{d)} *Idem*

^{e)} *in Q. CAECIL. diuinat. c. 19.*

^{e)} *vid. decis. elect. Sax. nouissim.*

14. de anno 1746.

iudic. Idem *VLPIANO* placuit, ut parentes certe ne filios naturales quidem a se disiungi velle iudicentur *l. 8. D. de pignor. & hypoth.* Idem etiam intellexerunt *canonum* auctores, ut, quasi ad imitationem naturae, *ecclesia matrix*, seu mater, a filia prorsus seiungi nequeat, sed utraque, vinculo quodam honoris & mutuarum praestationum, ita inter se contineantur, ut neutra diuellatur ab altera, nisi damnis omnibus pensatis ex magna necessitate & omnium illorum, quorum interest, consensu. *f)*

Certe in *naturalibus* coniunctionibus, ad quas reuertimur, placuit, ne cogi quidem parentem posse, ut inuitus liberos dimittat de sua potestate, quod *MARCIANVS* itemque *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* docuerunt. *l. 31. D. de adoption. l. 4. C. de emancipat. lib.* Vnam duntaxat speciem *VLPIANVS* excipit, si pater pecuniam acceperit aut legatum agnouerit, relictum sibi hac conditione, ut liberos emanciparet. Hoc enim si factum fuerit sine *dolo malo*, aut circumuentionis nota, non retinebit liberos in potestate. *l. 1. §. 3. D. si a parent. quis manumiss. l. 92. D. de condition. & demonstrat.* Diuus etiam *TRAIANVS* & *THEODOSIVS* parentes, qui crudeliter saeuierint in liberos vel turpi lenocinio filias corruerint, ad emancipationem coegerunt. *l. 5. D. si a parente quis manumiss. l. 12. C. de episcop. audient.* Germani liberis, qui se ipsos exhibere possunt & victui quaerendo sufficiunt, permiserunt, ut rationes suas possint separare a parente. *g)* Ita enim veteribus visum est, ut propinqui tentarent artus filii, an suffecturos armis crederent. Hoc si appareret, filium scuto, & framea ornabant, atque efficiebant, ut, qui antea pars domus fuerat, nunc pars reipublicae & sui iuris esse censeretur. *h)*

Habes *familiares necessitudines* & domum, quasi arborem, quae ramos protrudit & propagat, ut multitudo enascatur, coniuncta cognationibus plurium, aucta affinitatibus, & per totam ciuitatem familiaritatibus & amicitis dispersa, sed vinculo quodam nexuque perpetuo & occulto colligata. Veniamus igitur ad connubia & coniugum societatem, quam recte *M. TVLLIVS* originem domus, principium urbis & quasi seminarium reipublicae appellat. *i)* Enim vero etiam in Romana reipublica, in qua *IUSTINIANVS* tamen, *nov. 22. c. 15. & nov. 117. c. 8. & 9.* quamuis receptis christianorum sanctissimis oraculis, magnam diuortiorum licentiam admisit, matrimonium *indiuiduam* vitae consuetudinem, omnis vitae consortium & diuini humanique iuris *communicationem* continere credebatur. Ita enim *MODESTINVS* & *IUSTINIANVS* rem interpretantur. *l. 1. D. de ritu nupt. §. 1. inst. de patr. potest.* Nimirum semper illam sententiam, quae matrimonium, excepta caussa adulterii, *indissolubile* defendit, si vel expresso quo-

f) LANCELOTT. *inst. iuris canonic. lib. II. tit. 18 §. 6.* & *PETR. REBUFF. de dem. q. 6. n. 7.* *g)* BEYER in *specim. iur. Germ. lib. I. c. 26. §. 80.*

h) TAC. de *mor. Germ. c. 13.*

i) CICERO. *L. offc. 17.*

quodam praecepto non confirmata esset, summa ratione subnixam esse credidi, cum ab ipsa natura proficisci videatur. *Liberorum enim communium* causa inprimis matrimonia iunguntur, quorum societate nihil iucundius esse humano generi censetur. ^{k)} Sed liberorum profecto interest, ne distrahatur societas parentum, cum & matrem non minus natura, quam patrem, instruxerit, ut commodius faciliusque, quam omnes extranei, liberos & totam familiam, adminiculante quodam arcano desiderio, alere & educare possint & perducere ad aliquam maturitatem. Praeterea rationes alterius coniugis, feminae inprimis, a qua diuerterit maritus, ita affliguntur, ut non solum nuptiarum illi noua conditio reddatur difficilior, sed fructus etiam praecipuus incunditatis, qui ex humano consortio sperari possit, auferri atque interuerti videatur. Igitur *perpetuo* vinculo tenentur coniuges, quos non solum natura humanae conditionis, sed etiam liberorum communium societas, colligat,

Diductosque iugo cogit aheneo l)

Quapropter recte *PAPINIANVS* illam iustissimam conditionem legati fuisse credidit, cum socrus nurui hac lege aliquid in testamento reliquisset, si in matrimonio cum marito suo perseverasset, aeterno societatis vinculo coniuncta *l. 101. ff. 3. D. de condit. & demonstrat.* Haec sanctitas indissolubilis coniunctionis videtur effecisse, ut etiam in *usu aedium*, iure seruitutis personalis relicto, quamuis ille ad *immediatam* necessitatem restringi soleat, tamen receptum sit, ut maritus, cui usus aedium competat, etiam uxorem, & uxor usuaria maritum, possit adducere, cum quo habitare possit, propter indissolubilis vinculi necessitatem *l. 4. 6. D. de usu & habitat.* Imo vero qui filiae suae permisit facultatem per aedes suas transeundi, illam marito filiae non minus videtur concessisse, ne dulcissimum illud coniugum consortium omnino perturbetur. *l. 6. D. de seruit. legata.*

Pontifices sponsam *christi*, ecclesiam, etiam *particularem*, cum episcopis confestim, electione & confirmatione subsecuta, vinculo *spiritualis* cuiusdam *matrimonii* coniungi crediderunt. *c. 2. X. de translat. episc.* Ex illo fonte deductum est, quod ne quidem ex graui causa *transferri* possit episcopus ad aliam ecclesiam, nisi ipsius pontificis auctoritas interuenisset, *cap. 2. X. de translat. episcop.* ne matrimonium cum priore ecclesia deserui aut pollui & adulterio contaminari videatur. *Caus. 7. quae. 1. can. 11. m)* Hinc ne *spontanea* quidem *renunciatio* clericis, nisi propter conscientiam criminis, debilitatem corporis, defectum scientiae, malitiam plebis, graue scandalum & personae irregularitatem, permittitur pontificum praeceptis. *Cap. 10. X. de renunciat.*

Ex

^{k)} *LIV. l. 13.*

^{l)} *HORAT. III. od. 9. vers. 18.*

^{m)} *LANCELOTT.*

instit. iur. canon. lib. I. tit. 9. §. 9. & tit. 18. §. 2. 3.

Ex his enim solis caussis, quasi vitio quodam nullitatis, quam dicunt, spirituale matrimonium videtur infirmari. ⁿ⁾ Sed de hoc argumento *præses* alio loco diligentius exposuit. ^{o)}

Non discedam a statu & conditione personarum, priusquam tetigerim *pupillos & minores*, qui iure singulari in rebus communibus utuntur. Enim vero si immobilia cum aliis communia possident, nisi a sociis *maioribus XXV. annis* prouocati fuerint ad diuisionem, vel alia iusta causa interuenit, in communione necessaria manebunt, donec expleuerint annos aetatis imperfectae. Placuit enim, minoris curatorem ad rerum communium diuisionem socios aut condominos prouocare non posse; *l. 17. C. de præd. & al. reb. min.* cum prædiorum diuisio venditionis vicem obtinere videatur. *l. 1. C. comm. utriusque iudic.* Ex hac causa, nec *minores* efficaciter consentire possunt, ut *fideicommissum familiae dissoluatur*, nisi adhibita solennitate, quam in alienandis rebus *minorum* desideramus. *Dec. el. Sax. nouissim. X. de anno 1746.* Aliter forte IUSTINIANO visum est in furioso iudicando, quamuis furiosi plerumque minoribus & pupillis comparentur. Curator enim furiosi efficaciter *renunciare* poterit *societati*, quæ ante furorem cum furioso fuerit contracta *l. 7. C. pro socio.* Cum vero ad diuisionem prædiorum socii perueniendum est, etiam curator furiosi videtur decreto magistratus indigere. Aperte enim GORDIANVS docet, *beneficium DIVI SEVERI*, ne prædia minorum sine decreto magistratus distrahantur, etiam ad *furiosi* curatores agnatos pertinere *l. 2. C. de curator. furios.*

Quoniam in tutores & curatores incidi, opportunum fuerit monere, tutores etiam & curatores, si *plures* uni minori aut pupillo dati fuerint, in *communione necessaria* manere, a qua discedere non possunt, nisi postquam rationes fuerint expunctæ. Generaliter enim PAVLLVS observauit, etiam tutoribus imputari factum collegae, si potuissent suspectum facere collegam *l. 14. D. de administr. & peric. tutor.* Qua re efficitur, ut reliqui se prorsus *retrahere* non possint, quamuis unus susceperit administrationem. Neque refert, quod unus possit satisfactionem reliquis offerre & ita *solus* negotia administrare. Ipsa enim satisfactio efficiet, ut nondum penitus sit separatus a collegis, qui propter cautionem de damnis aduersus ipsum experiri possunt, si quod periculum ex eius facto peruenerit ad contutores. *§. 1. inst. de satisfact. tutor. l. 3. §. 6. D. de administr. & peric. tutor.* Eleganter PARINIANVS docet, plures tutores habere *periculi societatem*, & si quidam illorum non idonei sint, reliquos omnino onerari; cum pupillo etiam electio competat, aduersus quem tutorem malit experiri. *l. 38. D. de administr. & pericul. tutor. l. 33. §. 2. eod.*

§. III.

ⁿ⁾ ZIEGLER ad LANCELOTT. lib. I. tit. 17. §. 1. p. 223. ^{o)} PRAESES in dissert. de clerico ob pactionem cum patrono factam, sacerdotio se abdicante.

Quaedam

communio

diffolui non

potest ob le-

gis prohibi-

tionem in iu-

ve publico

in primis.

Ius ciuita-

tum & col-

legiorum in-

terdum dis-

folui non po-

test. Censur-

emigratio-

nis. vno re-

gnorum. Sy-

stemata ciui-

tatum.

Vidimus plerasque *domesticas necessitudines* coniugum, parentum atque liberorum, coniunctiones fratrum consobrinorum, affinitates & amicitias, quæ latius sparguntur. Sed hos quidem omnes cum *una domus* capere non possit, plerique illorum in *alias domus*, tanquam in *colonias*, exeunt, unde plures propinqui oriuntur, quæ soboles & propagatio est origo urbium & ciuitatum & rerumpublicarum. *p)*

Veniamus igitur ad *ciuitates*, quæ & ipsæ sunt *unum corpus*, cuius membra inter sese connectuntur atque coalescunt, omnia autem *uno* quasi *legiorum in-* spiritu reguntur. *q)* Ita enim videntur POMPONIVS, PAVLLVS & AL-
FENVS VARVS iudicasse. *l. 30. D. de usurpat. & usucap. l. 23. §. 5. D. de rei vindic. l. 76. D. de iudiciis.*

Igitur ciuitates, si plurimos interpretes audias, sunt *unum corpus*, quod constat ex distantibus capitibus aut membris potius, quæ a capite & stirpe *nequeunt diuelli*. Qui enim ciuitatum origines tradiderunt, *coniunctionem* ciuium deducunt ex *pacto*, quo inter eos conuenerit, quod *velint coetum* quendam & *unum corpus* constituere, ut ciuitas aeterna sit, & perduret ad spem certissimam posteritatis. *r)* Plurimi hoc *pactum* ciuitatis *constitutuum* & *fundamenta* appellant. Ex illo pacto, tanquam & fonte, deducunt necessitatem *fori originis*, quod mutari non posse arbitrantur, & *ius gabellæ* & detractus seu censum emigrationis, quem illi exsoluere tenentur, qui veniam discedendi impetrarunt; denique ex isto pacto descendere credunt feruile illud præceptum apud OVIDIVM NASONEM:

— — — prohibent discedere leges

Poenaque mors posita est patriam mutare volenti *s)*

Sed utcumque hæc existimata fuerint, illud certe expeditum est, *pactum de non discedendo* ad primas *origines* ciuitatum duntaxat pertinere, ne coetus ille & compages, priusquam concreuerit & coaluerit, colonorum atque aduenarum frequentia & multitudo nondum adiecta, confestim dilabatur. In *adultis*, iisque *liberis*, ciuitatibus interdum periculosa est conditio de *non discedendo*. Manebit enim *idem populus*, quamuis membra ciuitatis discessu ciuium priorum & aduentu atque accessione nouorum ita fuerint permixta, ut ne vestigium quidem primi illius coetus relinquatur. *l. 76. D. de iudic.* Imo vero terrent illa vestigia, quæ *introrsum* duntaxat ferunt, si non pateat spes exitus & libera facultas *discedendi*. *t)* Hac enim spe perempta, nihil est, quod aduenas & externos colonos expectemus. Quæ enim de *necessitate originis*, quam nemo sibi mutare potest, in Romanis legibus tra-

p) C. I. C. I. offic. 17.

q) SENEC. I. de Clement. 4.

r) TACIT. III. histor.

24. & II. annal. 55. & vid. GROT. de iur. bell. & pac. lib. II. cap. 9. §. 3.

PUFFENDORF. de iur. natur. & gent. lib. VII. cap. 2. §. 7.

s) OVID.

XV. metam. 28.

t) HORAT. I. epist. 1. vers. 75.

traduntur, ad municipales & censitos & illos denique ciues pertinent, qui non pleno iure ciuitaris, sed libertate restricta, utebantur l. 22. §. 2. D. ad municip. l. 5. C. de municip. l. un. C. de colon. Thracens. Incolis certe permissum est, ciuitatibus renunciare, si muneribus ciuilibus perfuncti sint, & nihil in fraudem ciuiliu onerum ab ipsis factum esse videatur. l. 34. l. 15. §. 2. D. ad municip. & de incol. Duriori iure Romani in plerisque collegiis & curiis usi sunt, in tanta penuria illorum, qui munera publica susciperent. Hinc curiales, sub poena confiscationis bonorum, patriam mutare nequeunt, l. un. C. si curialis relict. ciuit. Neque decurionibus permittitur prædia distrahere sine decreto magistratus l. 1. C. de præd. decur. l. 15. §. 2. D. ad municip. In ciuitatibus liberis saluum est ius emigrandi, quod plerique sibi pactione expressa reseruant, & legibus imperii Romano Germanici sanctissimis definitum est. Ne quis enim sacrorum causa perturbetur, libera manet facultas discedendi, u) Principes tamen in communi periculo aut aliis necessitatibus prohibent discessum, quod etiam ex poena confiscationis, der Bestricfung, intelligitur.

Census emigrationis seu gabella, quæ pro discessu soluitur, das Abzugs-Geld, ex conditione hominum priorum videtur originem traxisse. x) Tandem ius illud consuetudine ad alios translatum est, qui, dum moliantur discessum, bona sua, imprimis immobilia, diuendunt. In electoratu Saxoniae quidem sapientissima lege cautum est, ut omnes, qui bona sua ad exteros, ius gabellæ exercentes, ex his prouinciis transferunt, propter ius retorsionis gabellam subinde exsoluere cogantur; sed qui ciuitates duntaxat in eodem territorio permutant, solo iure consuetudinis aut expressæ pactionis ad gabellam adstringantur. Decis. elect. Sax. nouiss. VI. de anno 1746. Wo Abzugs-Geld nicht absonderlich eingeführet, kann es auch, wenn die Unterthanen sich an solche Orte Unserer Lande, da dasselbe rechtmäßig hergebracht, begeben, per retorsionem keinesweges gefordert, noch um deswillen, daß daselbst ein mehreres entrichtet wird, erhöht werden. In dem Fall aber, da die Unterthanen ausser Landes ziehen, bleibt denen Obrigkeiten, sich auch diesfalls des iuris retorsionis zu gebrauchen, unbenommen.

Sed ne quis prorsus iniquum esse existimet ius illud gabellam exigendi, debet cogitare, vectigalia & tributa minui, & pauperiorem fieri rempublicam, ciuium discessu, imprimis, patrimonio & hereditariis translatis, reliquos etiam ciues, propter publicas præstationes, onerari, si numerus sodalium

u) Instrum. pac. Osnebrug. de anno 1648. art. V. §. 30. 36. 37- x) RAVCH-BAR. in quæst. iur. Sax. P. I. qu. 17. Rhet. disp. iur. publ. vlt. BEYER. in spec. iur. Germ. lib. I. c. 20. §. 5. & HEINÆCCIUS elem. iur. Germ. tom. I. lib. I. tit. 2. §. 61. p. 42.

lium ad paucitatem redigatur. Haec damna non immerito pecunia pensantur, sed, si aduersus externos heredes reversionis iure in ciuitatibus utamur, solet de his causis, & hodie etiam *debet*, antea ad principem referri. Habes ius gabellae, sed de *foro originis*, quod supra commemorauimus, admonendum est, illud ne quidem in sobole rusticorum, quæ ad operas pro certa mercede præstandas, zum Zwang-Dienste, interdum cogi potest, hodie spectari, si parentes, mutato domicilio, deserta origine, alio loco confederint, ut res suas ac fortunas commodius administrarent. y)

Arctissimo vinculo tenentur *ministri* & alii, qui *hac lege* ad honores & munera publica administranda admissi sunt, *ne discedant, nisi cum venia principis*, honesta missione impetrata, utque etiam, post missionem, a principe post aliquod tempus reuocati confestim reuertantur. Hos enim, apparet, *indissolubili* necessitate alligari. Eodem modo interdum artifices adstringuntur, qui priuilegia acceperunt. Neque vero conqueri poterunt, quod pro tot beneficiis iubeantur hanc gratiam communi patriæ referre, & patriæ parenti.

Hanc certe legem *militibus* veteres dixerunt, ne audeant *ordines deferere* aut ab armis discedere, nisi post *missionem* impetratam, l. 3. pr. §. 4. 9. 11. D. de re milit. In his enim criminosa est *secessio*, & ad vim & seditionem videtur res spectare, si milites ab exercitu discedant. Nimirum exercitus & manus armatorum sunt quasi *muri* & *munimenta* quaedam rei publicæ, quod SPARTANI dicere solebant, z) quorum partes sine periculo dissolui & distrahi non possunt. Imo vero originarii illi milites, in patria conscripti & in numerum relati, Landes-Kinder, etiam post *honestam missionem* ita adstricti sunt, ne unquam externam militiam patriæ omnino præferant. Si enim ad arma reuerti malint, primo apud eundem ordinem, in quo antea militauerant, deinde, ab hoc repudiati, apud summos duces exercitus nomina iubentur profiteri. Ita in electoratu Saxoniae prouidentissima lege cautum est: Daß die Landes-Kinder, wenn sie über lang oder kurz sich freywillig wieder in Krieges-Dienste begeben wollen, ihre Person zuvörderst bey dem Regimente, wobey sie bishero engagiret gewesen, und da dieses dieselben nicht annehmen könnte oder wolte, hiesiger Generalität zum Dienst zu præsentiren und anzubiethen, auch, bey welchem Regimente man dieselben sodann placiren wird, zu gewarten schuldig seyn sollen. a)

Haec habui, quæ de coniunctionibus personarum & perpetuo vinculo communionis in ciuitatibus dicerem. Sed præterea sunt multa ciuitatibus

2) Königl. Pöhl. und Chur-Fürstl. Sächs. Gesinde-Ordnung dar. Warschau den 16. Jul. de anno 1735. tit. 7. n. 8.

z) IUSTINVS histor. XIV. 5.

a) vid. Mandatum de dato Hubertusburg den 26. Sept. anno 1736. wegen der künftig bey der Miliz zu ertheilenden Abschiede.

bus inter se *communia*, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines etiam, familiaritates. ^{b)} Luculenter GAIUS noster, collegiis, inquit, & corporibus permittum est, habere res *communes*, arcam communem & actorem siue syndicum, per quem fiat & agatur, quod *communiter* agi & fieri oportet. l. 1. §. 1. D. quod cuiuscunque uniuerſitat. nom. Ex his autem rebus quaedam *immediate* & *proxime* ad finem illum, propter quem uniuerſitas coiuit, referuntur, quas vulgo *res publicas* iure ciuili siue *res uniuerſitatis* appellamus. Hae vero cum ad usum omnium & spem posteritatis comparatae sint, extra patrimonium priuatorum esse iudicantur, ideoque perpetuo *communes* sunt & diuidi non possunt.

Satis de ciuitatibus & iure uniuerſitatum exposui. Deuisset igitur mea oratio delabi etiam ad *plurium ciuitatum* inter se coniunctiones, atque ad *perpetuum foedus*, quo *systemata* quarundam ciuitatum colligantur, & maxime ad *regna & imperia* inter se *unita*, quorum alterum ab altero diuelli non potest. In mentem enim veniunt *Celtae & Iberi*, quos DIODORVS SICVLVS post *unionis* perpetuae vinculum *Celtiberos* nomine communi appellatos esse obseruauit. ^{c)} Vulgo etiam noti sunt SABINI & ALBANI, quorum regna cum populo Romano *perpetuae coniunctionis* foedere coaluerunt. ^{d)} Sed omnium in se oculos conuertit MAGNA illa BRITANNIA, quae Angliam & Scotiam nexu perpetuo & felicissimo continet. Nimirum necessitates & vincula regnorum atque ciuitatum ex ipsa *unionis formula*, atque ex *caussis & occasione* perpetuae coniunctionis, iudicantur. Etiam in *regnis successiuis*, quae diuidi non possunt, *necessaria* est quaedam inter illos *communio*, qui aequo iure vocantur ad successionem; nisi *primogenitus* omnino praeferatur. Imo vero licet solus *primogenitus* succedat, tamen propter *apanagii* aut *paragii* necessitatem manet quaedam coniunctio, a qua reliqui non prorsus excluduntur. Haec vero, cum nihil ad edictum praetoris pertineant, sufficiat extremo digito in transcurso tetigisse, ne illorum obliti esse videamur. Vnum omittere non possum, etiam summos imperii ordines & status nexu indissolubili cum imperio coniungi, ut, decreto solenni bello imperii, ne quidem *neutras* partes sequi soleant sine causa idonea & legibus imperii probata. ^{e)}

§. IV.

Reuertor ad *priuatos*, qui, quamuis *communio* odiosa sit, interdum tamen prohibentur, ne res *communes* diuidant. Non attingam *venenata mala* & libros improbatæ lectionis. Haec enim talia corrumpuntur potius, quam diuiduntur l. 4. §. 1. D. famil. ercisc. Sed meretur obseruari, agrum ^{Quaedam res communes priuatum ob legis prohibitionem diuidi}

X 2

^{b)} CICERO l. offic. 17. ^{c)} DIODORVS SICVLVS V. 33. editione Hanouiana p. 309. ^{d)} LIV. l. 13. 28. ^{e)} vid. MASCOU, diss. de bello imperii solenni.

nequeunt. *Etigalem regionibus* diuidi non debere, ne *præstatio vectigalium diuisione*
Inprimis *confundatur.* Ita VLPIANO visum est, l. 7. *pr. D. commun. diuid.* Cer-
agri æctiga- te in Saxonia electorali sub poena nullitatis prohibitum est, ne portiones
les uno censu- *praediorum,* quæ uno *censu* communi oneratae sunt, diuellantur temere, aut
coniuncti. distrahantur, inprimis sine principis auctoritate & consensu illorum, qui
Communio aerarii & censuum curam habent. f)
heredum ne-
cessaria est
post iudicium
acceptum indi-
uista sint, tamen officio iudicis conuenire, ut debita & credita singulis, *pro*
pignore *& solido* & indiuiso, aliis alia attribuantur. Exactio enim, inquit, & solutio
deposito ma- *partium* saepe non minima videtur incommoda habere. Quæ re efficitur, ut,
xime & quon- si uni duntaxat coheredi *totum nomen* attributum sit, ille, quoties agendum
ties tertii in- est, partim suo, partim procuratorio omnium nomine experiatur,
terest. aut, si contra ipsum actio instituta, ipse & suo & coheredum nomi-
 ne respondere debeat molesto creditori, l. 3. *D. famil. ercisc.* Vides ne-
cessariam communionem nominum, a qua non semper discedere possunt
 coheredes; cum is, cui nomen assignatum est, tanquam procurator reliquo-
 rum, nomen illud, quasi nomen commune omnium, administret. Magis
 generaliter PAVLLVS & PAPINIANVS negauerunt, *post iudicium acce-*
ptum a defuncto, *heredes* aut alienare rem litigiosam aut *scindere* omnino
actionem posse, ideoque omnes *uno nomine* procuratorem dare, atque litem
communem omnium heredum, quasi uno spiritu, continuare, iusserunt,
 ne aduersarius per plures distrahatur, l. 48. & l. 13. *D. famil. ercisc.* Eo-
 dem iure in Saxonia electorali utimur, postquam augustissimus legislator con-
 stituit, ut, solenni reassumptione litis penitus sublata, *heredes rei & actoris*
litem a defuncto *acceptam,* quamuis hic procuratorem non habuerit, etiam
 durante anno deliberandi, confestim sine ulla nouatione continuent, & sola
 quatuor mensium intercapedine, si libuerit, utantur. *Ord. proc. Sax. re-*
cogn. tit. XVII. §. 1. Haec est *heredum communio post litem coeptam* a
 defuncto. Occurrunt etiam aliae quædam species, in quibus nomina de-
 functi non prorsus diuidi possunt inter coheredes, sed quodammodo commu-
 nia manere debent, & cum omnium periculo coniuncta sunt, donec solu-
 tione extinguantur. Vt ecce, si quid defunctus sub *poena conuentionali* pro-
 miserit creditori suo, quamuis diuisa sit obligatio, tamen nullus coheredum
 tutus est, ne poena conuentionalis ab ipso exigatur, donec *tota* pecunia cre-
 ditori fuerit soluta. Igitur uni heredi non proderit, quod partem suam sol-
 uerit, nisi etiam coheres satisfecerit communi creditori; cum tota poena de-
 beatur, si vel pars unica debiti non fuerit soluta. Quæ cum ita sint, *peri-*
culum poenæ exsoluendæ ad omnes coheredes pertinet, donec totum debi-
 tum

f) Mandat. dat. Dresden den 26. Jan. 1732. von Vereinigung der Pertinenz-
 Stücken.

tum fuerit solutum. Sed haec natura est communionis, ut commune periculum & lucrum habeamus. Ita PAVLLVS rem interpretatur, l. 25. §. 13. *D. famil. ercisc.* qui etiam alio loco luculenter docet, factum unius coheredis etiam alteri heredi interdum nocere posse, ideoque manere aliquam communionem, quae, ut supra comprobauimus, non prorsus dissoluitur per mutuas de indemnitate cautiones l. 44. §. 5. *D. fam. ercisc.* Res etiam non caret difficultate, si defunctus *certam speciem*, verbi gratia, depositum aut pignus, debuit restituere, quae ipsa species diuidi non possit. Certe depositum aut pignus non diuiduntur inter coheredes, cum non liceat rem alienam diuidere aut contrectare. Hinc inter plures, qui depositum susceperint, non dari *iudicium communi diuidendo*, VLP IANVS docet l. 7. §. 11. *D. commun. diuid.* Igitur nec ipsum nomen seu debitum speciei diuisum erit inter coheredes, sed *communis obligatio* manebit. Quid ergo faciemus. PAVLLVS quidem atque VLP IANVS permittunt, ut pignus seu species, quamuis aliena, *uni* coheredum ab arbitro adiudicetur, sed hac lege, ut reddat debitori pignus, debitum offerenti, atque ut liberet coheredes suos. l. 29. *D. famil. ercisc.* l. 7. §. 12. *D. commun. diuid.* Vt rem una regula comprehendamus, si species restituenda sit a pluribus, velut depositum aut pignus, & ista species adhuc extet, ille inter plures debitores recte conuenitur, qui rem possidet, & restituendi facultatem habet l. 3. §. 3. *D. commodati.* *Possessor* enim semper in *solidum* a domino conueniri potest l. 8. *C. depos.* Sed hic, qui rem restituere cogitur, aduersus coheredes de *euictione* agere poterit, si ipsi res, quasi testatoris propria, in diuisione assignata sit, & nisi pacto sibi prospexerint coheredes l. 10. §. 2. *D. commun. diuid.* l. 14. *C. famil. ercisc.*

Haec quidem obtinent, si *extet* illa species, quam debuit defunctus. Sin vero non extet, placuit, singulos heredes pro parte hereditaria teneri ad praestandam aestimationem. Hoc modo VLP IANVS rem definit. l. 7. §. 1. *D. depositi.* Vnum excipitur, si unius coheredis dolo res perierit. Hic enim in *solidum* tenetur. l. 9. *D. depos.*

Hoc iure utimur, si is, qui speciem debuit, *plures* heredes reliquerit. Sed si defunctus pecuniam debuerit *sub pignore*, singuli heredes, quamuis partem suam soluerint, non securi erunt, donec totum debitum fuerit solutum. Igitur vel unus totum soluere & pignus luere debebit, atque partes a coheredibus repetere, vel singuli inuicem cauere debent de indemnitate l. 25. §. 14. *D. famil. ercisc.* Non multo secius iudicabimus, si testator *plures heredes* onerauerit, vt *seruitutem* aliquam indiuiduam, & quae partitionem non admittat, legatario concedant. Ecce igitur, si testator *viam* legauerit Titio, quilibet coheredum, qui praedium possident, in *solidum* de

via conuenitur; sed is, per cuius partem via assignata fuerit, a coheredibus indemnitate impetrabit. 25. §. II. *D. famil. ercisc.*

§. V.

*Quæ natu-
raliter diui-
di nequeunt
& singulis
tamen pro-
desse possunt
manent com-
munia nisi
quis partem
suam velit
derelinque-
re.*

Igitur quoties vel publice, vel priuatorum aut tertii interest, ne res communes inter plures distrahantur, legis ciuilis prohibitio subinde efficit, ut, nisi partem nostram derelinquere, & renunciare nostris iuribus, malimus, in quarundam rerum *communione necessario* deineamur. Sed non omittendæ sunt aliae species, in quibus ipsa *natura* & *naturalis ratio* prohibet & intercedit, *ne res communes diuidantur*. Recte enim *VLP IANVS* noster monet, quarundam rerum *diuisionem* pene *impossibilem* videri, ideoque nihil a *toto* separandum esse, ne omnis fructus corrumpatur. *l. 55. D. famil. ercisc.* Nimirum ubi apparet, partes singulas accipientibus non profuturas esse, sed omnes *coniunctas* pluribus spem aliquam utilitatis ostendere, quæ nemini nocere possit; ipsa natura nos auocat, ne superuacua diuisione & nobis & aliis, qui res nobiscum communes habent, noceamus. Hoc acciderit, si in hereditatum diuisione aut venditione ipsius *testamenti tabulæ*, quibus hereditas delata est, distraherentur. Itaque *LABEO* apud *VLP IANVM* præcipit, ut authenticæ tabulæ vel in aede sacra vel apud idoneum custodem *deponantur l. 4. §. 3. D. famil. ercisc.* Eandem rationem *GAIVS* etiam sequitur in *cautionibus hereditariis* custodiendis, quæ vel apud illum manent, qui maiore ex parte heres est, vel, si omnes sint æquis partibus heredes, apud illum, quem fors, vel consensus plurium, elegerit, vel apud publicas personas. Sed priuatus ille, apud quem cautiones inane, reliquis descriptum & recognitum dare, & cauere debet, se, ubi res exegerit, ipsas authenticas exhibiturum esse. *l. 5. D. famil. ercisc.* *POMPONIUS* autem longius procedit, ut ne quidem testatoris voluntati obsequendum sit in illa causa, nisi præstita cautione de *instrumentis*, quibus interdum singuli heredes carere non possunt, cuilibet illorum exhibendis. Ait enim *POMPONIUS*, quamuis uni coheredum *praelegatae* sint tabulae & rationes, tamen non prius illas tradendas, quam heredes illas descripserint, & legatarius cauerit, se ipsas authenticas, cum necessariae fuerint, exhibiturum esse *l. 8. pr. D. famil. ercisc.* Denique *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* generaliter constituerunt, præsidem prouinciae curaturum esse, ut tabulae & instrumenta communia apud idoneum custodem collocentur *l. 5. C. commun. utriusque iudic.* Ipsi Germaniae principes, inprimis illi, qui ex eadem stirpe oriundi, per plures lineas sparsi sunt, & necessitates quasdam communes habent, *tabularia communia*, *gemeinschastliche Archive*, instruunt, in quibus instrumenta, ad arcanas domus uniuersae rationes pertinentia, custodiuntur, ad quæ aditus nulli eorum soli pater,

patet, sed, quæ obsignantur plerumque a singulis, neque facile a quoquam, nisi conuocatis omnium legatis, recluduntur.

Vides, quæ omnibus prodesse possint, si communi consilio custodiantur, sed diuisa prorsus infructuosa fierent, *communia* manere. Idem etiam PAVLLO placuit in iudicando vestibulo *communi* binarum ædium, ad quas aditus non dari posset, nisi per vestibulum commune. Ipsam enim necessitatem prohibere, ait, ne vestibulum commune diuidatur, quo per angustas regiones diuiso, neuter commode ad aedes suas perueniret. Itaque negat uni totum vestibulum adiudicari posse, ne alter, vestibulo ademto, ipsas aedes interdum vendere & coheredibus relinquere cogatur *l. 19. §. 1. D. commun. diuid.* Quorundam enim animus, quod Seneca g) obseruat, ad penates paternos auitosque, in quibus progeniti & educati sunt, aut a se ipsis etiam ex voto suo constructos, ita se applicuit, ut ab illis, quam a vita, diuelli grauius esse arbitrentur.

Est igitur inter vicinos interdum quædam communio, ut, nisi vel liberaliter rem suam derelinquere vel pecunia accepta rem totam alteri vicino malint attribuere, necessario quodam vinculo conglutinati ac connexi esse videantur. Certe vicini *communes* inter se parietes habere solent, quod PAVLVS ait, quibus aedificia disterminantur. *l. 4. §. 10. D. fin. regund.* Neque *rustica praedia* ita seiungi possunt, ut quilibet *separatis* rationibus utatur. *Fines* enim, quibus plurium dominorum agri plerumque discerni debent, *communes* sunt, & unusquisque in illis eandem portionem pro *diuiso* possidere creditur, quam in fundo habet *l. 4. §. 5. D. finium regund.* Ex hac causa Cn. POMPEIVS nunquam agrum conterminum voluit mercari. b)

Huic proximum est illud, quod etiam arbor in confinio enata, si radices in fundum alterius propagauerit, fiat & maneat communis, neque, quamdiu cum fundo cohaeret, diuidatur inter possessores *l. 19. pr. D. commun. diuid.*

Adhuc dicendum est de seruitutibus, maxime de necessariis illis, quæ officio iudicis imponi solent. Hæ quidem particulam aliquam domini cum vicino communicant, & *communione* quandam continent, a qua, nisi fundo derelicto, discedere non licet *l. 116. §. 4. D. de legat. 1.* Maior difficultas oritur, si *usus* unius prædii pluribus legatus sit, qui non solum inter se, sed etiam cum domino proprietatis coniuncti sunt iure aliquo *communio-*
nis

g) SENEC. I. de benef. II.

h) PLIN. XVIII. histor. natur. 16.

nis, quod morte demum extinguere potest. Sed PAVLLVS tamen tentauit speciem aliquam diuisionis. *l. 10. §. 1. D. commun. diuid.*

Inter reales etiam seruitutes *iter & via* diuisionem non recipiunt, quia definit esse via, cuius spatium ita diuisum sit, ut neutra pars *toti* vehiculo agendo sufficiat. Itaque si plures viam debeant, contra quemlibet in solidum de tota via concedenda experimur; si pluribus eadem via promissa sit, singuli de *tota via* habent actionem. *l. 25. §. 9. 10. D. famil. ercisc. l. 6. D. quemadm. seruit. amitt.*

Praeterea res ipsa loquitur, si quid pluribus sub *conditione* debeat, aut si *futurus euentus* expectetur, aut si unus partem *incertam* habeat duraxat in communi fundo, non posse prorsus discedi a communione, nisi praestitis cautionibus, quae ipsae tamen speciem aliquam communionis videntur continere *l. 8. §. 1. & l. 16. D. com. diuid. l. 22. §. 5. l. 23. D. famil. ercisc.* Extremo etiam *ius compossessionis*, quod interdum, si plures possessionem apprehenderint, pluribus competit, *indiuiduum* videtur, sed praetor tamen extra ordinem interuenit & utili iudicio fines quosdam constituit, intra quos se quilibet compossessorum continere debeat, donec causa principalis decidatur *l. 7. §. 5. 6. 7. 8. 9. D. commun. diuid.* Magis attinet monere, *sepulchra* etiam, quamuis ad plures heredes pertineant, cum sint extra patrimonium, diuidi non posse, sed *communia* manere & ius inferendi mortuum cuilibet in solidum deberi *l. 6. §. 6. D. commun. diuid. l. 30. D. famil. ercisc.*

Discedam ab hoc loco, si quid de rebus *communibus* omnium adiecero, quarum usus toti generi humano liberaliter concedendus est. Sunt enim *innoxiae utilitatis*. Quid tam commune est, quam spiritus viuus, terra mortuis, mare fluctuantibus, littus eiectionis. ⁱ⁾ Igitur qui ab hac communione aliquem absque grauissima causa arcuerit, veluti *ius humanum* execrabili inuidia, quod T. LIVIVS ait, censebitur *deseruisse*. ^{k)} Haec sunt publica illa munera, a quibus Latona ^{l)} & Aeneas ^{m)} se excludi conqueruntur,

*Si genus humanum & mortalia temnitis arma,
At sperate Deos memores fandi atque nefandi.*

§. VI.

*Quae testamur
commu-
nia esse ius-*

Haecenus tractauimus de communione, quam, propter legis prohibitionem aut ipsam rei indiuiduae naturam, dissoluere non poteramus. Nunc attin-

ⁱ⁾ CIC. in orat. c. 30.
tam. 349. liqq.

^{k)} LIVIVS XXXXI. 24.

^{m)} VIRGIL. I. aen. vers. 546.

^{l)} OVID. IV. me-

attingemus quasdam species, quæ *facto hominis* arbitrario communes fiunt, ut diuidi non possint. Inprimis *voluntate testatoris* interdum heredibus & legatariis, qui eius iudicium agnoscere tenentur, *necessitas communionis* imponitur, quam deferere non possunt, nisi vel negotio finito, vel illo, quod relictum est, *repudiato* & dimisso. Solent enim testatores *tacite*, nonnunquam etiam expressis verbis, praecipere, ut sit quaedam *communio* inter legatarios & heredes. Eo pertinet, si vel pluribus heredibus *electio* data est, quid velint in *legato generis* legatario præstare. Hi enim necessario *communiter* eligunt, ideoque quilibet ex reliquorum suffragio vel dissensu lucrum vel damnum commune expectare debet. *l. 25. §. 17. D. famil. ercisc.* Eadem dicenda sunt, si *pluribus legatariis* electio relictæ sit a testatore.

Sed interdum *expresse* quaedam *reservantur*, ut *communia* sint omnium heredum, in quibus non licet a testatoris voluntate per diuisionem recedere *l. 31. D. commun. diuid.* Quid enim dicemus, si pater *prohibuerit, ne res quaedam distrahantur*. Censetur pater diuisionem etiam, quæ speciem venditionis induit, prohibuisse. Igitur retinenda est necessaria communio ex voluntate testatoris; nisi aperte damnosa sit, & cum periculo coniuncta. In hac enim postrema specie *ULPIANVS* ait, patris quoque iudicium a tutoribus contemni posse *l. 5. §. 9. D. de administr. & peric. tutor.* *SCAEVOLA* etiam & *MARCIVS* excipiunt illos casus, in quibus *nudo præcepto* testator distractionem prohibuit, si non appareat, in cuius *fauorem* prohibita sit rei relictæ alienatio. Haec voluntas, quia commerciis impedito est, vim suam perdere videtur. *l. 38. §. 4. D. de legat. III. l. 114. §. 14. D. de legat. I.*

Fideicommissa *familiae* etiam illorum omnium, in quorum gratiam constituta sunt, quodammodo communia videntur. Sed iure ciuili tamen obtinuit, ut *omnium* eorum, quibus fideicommissum relictum est, *consensu dissolui possit communio* fideicommissi. Si enim omnes consenserint, nulla est fideicommissi petitio *l. 120. §. 1. D. de legat. I. l. 11. C. de fideicom. l. 16. C. de pactis.* ut ne quidem liberi illorum, qui fideicommissio renunciauerunt, quamuis *proprio iure* ad fideicommissum vocati sint, voluntatem parentum renunciantium impugnare posse, sed ipsi parentum facta agnoscere debere, censeantur. *l. 14. de rei vindic. n)* In Saxonia electorali nunc quidem sanctior est voluntas testatoris, qui *fideicommissum familiae* reliquit, & ne.

n) Dissentit *ANTON FABER* in cod. lib. 6. tit. de fideicommiss. defin. 40. n. 2, 3. & *KNIPSCHILD.* de fideicom. fam. c. 11. n. 394. sqq. n. 414. & c. 16. n. 132. it. *Brunnem.* consil. 3. n. 166. Sed his satisfecerunt *Gail.* lib. 2. obs. 139. n. 16. *STRYK* de cautel. testam. cap. 21. membr. 2. §. 12. *WERNHERI* select. observ. forens. P. VI. observ. 384. p. 625.

necessario custoditur, quamdiu quidam illorum, qui fideicommissio onerati & primo aut secundo gradu coniuncti sint, superstites fuerint. Si enim descendentibus fideicommissum sit tributum, filiis & nepotibus, quamdiu quidam illorum vixerint, nunquam dissolvere licet necessariam communionem paterni & auiti fideicommissi. Eodem iure utuntur etiam reliqui consanguinei, qui fideicommissio familiae onerati sunt. Qui enim primo vel secundo gradu coniuncti fuerint, nequeunt a communione discedere aut efficaciter dissolvere fideicommissum. Wenn jemand unter seinen Descendenten oder Anverwandten ein fideicommissum familiae errichtet, kann, so lange eines von dessen Kindern und Kindes-Kindern, oder von denen, so sonst mit solchem fideicommiss. beschweret, im ersten und andern Grad verwandt, vorhanden, keine Aenderung darinnen getroffen werden. *Decis. elect. noviss. X. de anno 1746.* Reliqui vero, & qui ultra secundum gradum fuerint, communi quidem consensu omnium illorum, quorum interest, si nemo priorum graduum superstes sit, renunciare possunt fideicommissio, sed non *sine gravi & idonea causa*, wenn hierzu erhebliche Ursachen sich ereignet, neque priuatim, sed coram eodem magistratu, a quo fideicommissum confirmatum est, ut res eodem modo, quo constituta fuit, subinde dissolvatur.

Habes communionem necessariam ex voluntate testatoris. Sed IULIANVS etiam admittit conditionem, cum *expressa* hac lege heredes instituerit testator, si per annos sedecim *socii manserint* bonorum *l. 4. pr. D. de condit. iust.* Hi igitur intra sedecim annos, nisi gravissima causa interuenerit, bona diuidere non possunt. TREBATIVS etiam & LABEO permittunt ita uxori aliquid legari, *si illa cum filio mansisset*, *l. 8. D. de condit. & demonstr.*

Non minus SCAEVOLA probauit fideicommissum, hac lege relictum: si mater & filia *commune* habeant, quicquid ipsi possideant & quicquid reliquerit testator. *l. 89. §. 3. D. de legat. II. l. 78. pr. D. ad SCtum Trebell.* Huius *communio* etiam hic fructus est, ut, altero coherede mortuo, *semissis* omnium bonorum, quæ ab ipso relictæ sunt, ad superstitem iure dominii perfecti pertinere iudicetur *d. l. 78. pr. D. ad SCtum Trebell.* Illa tamen *communio*, quæ ipsam *vitæ libertatem* restringeret, per modum conditionis legatariis & heredibus non potuit imponi: veluti, ne ab sua ciuitate discedant, ne domicilium mutant ne a monumento testatoris discedant. Sed in *libertis* tamen, propter summam obsequii necessitatem, obtinuit, ut his legibus testatoris obsequi teneantur, quod PAPINIANVS & SCAEVOLA & PAVLLVS obseruant. *l. 71. §. 2. & l. 72. §. 1. D. de condit. & demonstr. l. 18. §. 3. D. de alim vel cib. l. 84. D. de condit. & demonstr.* In matre in primis placuit conditio, si a *liberis non discesserit*, cum hoc ipsius matris voto conuenire videatur *l. 72. pr. D. de condit. & demonstr.*

Ple-

Plerumque vero, ut diximus, *tacite* heredes & legatarii adstringebantur ad speciem aliquam communionis. Ecce enim servitutibus realibus aut personalibus legatis, itemque parte prædii, quæ a toto fundo diuelli non posset, necessaria durabat *communio* inter heredem & legatarium; nisi alter mallet ius suum repudiare, quam rem communem cum altero habere. Ita si alteri fundus, alteri aedificium in fundo, ad quod nisi per fundum aditus omnino non patet, relinquitur, necessaria est *communio*, a qua discedi commode non potest. *l. 81. §. 3. D. legat. I.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, communionis quidem aliquam necessitatem induci posse testatoris iudicio, sed propter metum rixarum & alia communionis incommoda multum arbitrio iudicis relinqui, ut temperet aut tollat rigorem necessariae communionis. Igitur, si quis serio velit prohibere, ne per diuisionem a *communione* discedatur, non solum causam debet adicere, propter quam noluerit rem communem distrahi, *l. 114. §. 14. D. de legat. I.* sed etiam conditionem addere, ut, si ex quacunque causa, quamuis probabili, *communio* sublata fuerit, res ad alium perueniat. Ita religiosius custodietur voluntas testatoris.

§. VII.

Nulla quidem societatis in *aeternum* coitio est, cum heredes inuiti non retineantur in societate, quod supra ex PAVLO obseruauimus *l. 70. D. de communione perpetua aut diuturna efficit, ne illa sine iusta causa dissoluatur, siue ut præstetur id quod inter-* *pro socio l. 14. §. 2. D. commun. diuid.* Sed potest tamen inter socios conuenire, ut *perpetua* sit societas, hoc est, ut, dum utrique vixerimus, nunquam discedamus *l. 1. D. pro socio.* Certe, si *poenae stipulatio* adiecta, nunquam impune discedetur, sed actioni pro socio locus erit aduersus discedentem, *l. 71. pr. D. pro socio.* Imo vero, etiam si non adiecta sit *poenae stipulatio*, eleganter POMPONIVS monuit, propter pacti fidem, non solum non intempestive, quod in nulla societate permittitur, sed ne tempestive quidem renunciari posse, nisi ex graui & idonea causa, quæ intolerabilem faciat societatem, & quæ probari possit ab allegante in iudicio societatis. *l. 14. D. pro socio.* Hoc igitur inter alias societates, quæ *simpliciter* & sine temporis mentione contractæ sunt, & illas, quæ in *perpetuum*, aut ad *certum* tempus, initæ sunt, discriminis interest, quod in prioribus speciebus ex quacunque causa & mero arbitrio societati efficaciter renunciari possit, modo tempestive & absque manifesto damno socii renunciatur; contra si per tempus longius aut in *perpetuum* contracta sit, non, nisi ex *causâ idonea* arbitrio iudicis probata, impune discedatur. Deficiente igitur causa grauiore, necessaria erit inter socios *communio*, ut temere illa nequeat dissolui. Eadem locum habent, si conuenit, *ne res communis* diuidatur.

Nisi enim *grauissima causa* allegari possit, ille, qui nihilominus rem diuiserit, aut partem suam alienauerit, propter pacti fidem violatam, de eo, quod interest, tenetur, *l. 6. §. 1. & l. 17. pr. D. pro socio.* *VLPIANVS* certe docuit, in iudiciis diuisoriis, quædam communi consensu *nominatim* excipi posse, *ne omnino diuidantur l. 13. D. commun. diuid.* Non multum absimilis est species, si conuenerit, ut *onus* in meo pariete reponere liceat vicino. Dominus enim parietis seruientis ab illo, cui seruitus oneris ferendi concessa est, se prorsus separare & communionem coeptam deferere non potest. *LABEO* enim ait, dominum parietis compellendum esse, ut reficiat parietem vicino seruientem. Vna via elabendi datur, si malit parietem *derelinquere* vicinus. *l. 6. §. 2. D. si seruit vindic.* Generaliter enim placuit, neminem inuitum cogi posse in priuatis negotiis, ut rem suam retineat aut ab aduersario defendat *l. 156. pr. D. de reg. iur.* Ex quo loco apparet, *derelictione* omnem communionem rerum etiam perpetuam dissolui posse; nisi forte iure publico quibusdam personis interdictum sit, ne a communione ciuitatis aut collegii discedant, quod supra obseruauimus.

Praeterea si durior videatur conditio communionis, *locatione* rei communis commodissime controuersia dirimitur, ut fructus ab alio percipiantur, & diuidantur pensiones inter illos, quibus imposita est necessitas communionis. Denique propter rixarum periculum, quod in communione necessaria timemus, multum *iudicis arbitrio* permittitur, si iusta causa appareat, propter quam nihilominus discedi possit a communione. Igitur in *conventionibus* quidem cautionis est *poenam* adiici, quæ soluenda sit, si ex quacunque causa, etiam *graui*, & quamuis haec per iudicem approbata sit, a communione discedatur *l. 71. pr. D. pro socio.*



Juristische Schriften in Hendels Verlage.

- Beseke* D. Io. M. G. comm. de cretione iure deliberandi & inuentario in adeunda hereditate, 4to. 773. 3 gr.
- — de alienatione hereditatis ad explicandam Leg. II. Dig. de hered. vel act. vend. & componendas clarissimor. Ictor. lites, med. 8vo. 774. 12 gr.
- — über die Quellen der Moralität und Verbindlichkeit, als die ersten Gründe der Moralphilosophie und des Naturrechts, 8v. 774. 5 gr.
- Brunquelli*, Io. Sal. opuscula ad historiam & iurisprudentiam spectantia, edidit atque coll. D. Hen. Io. Ott. Koenig, cum fig. med. 8v. 774. 1 thl. 16 gr.
- Charondae*, (Ladou. Icti Paris.) de iurisdictione & Imperio libellus, 4to. 2 gr.
- Crellii* Christ. Ludov. Dissertationes atque Programmata. Fasc. I—IX. cum figg. 775. & 78. 3 thlr. 18 gr.
- werden fortgesetzt; jeder einzelner Fasc. kostet 10 gr.
- Heisler*, D. Phil. Iac. exercitationum academicarum ad diversas materias iuris pertinentium fasciculus, de annis 1750--1775. X. dissertt. continens, cum indice, 4to. 10 gr.
- — jur. Abhandl. von Verführung der Blutschande und übrigen fleischl. Vermischung in verbotenen Graden. ebend. 78. 3 gr.
- — Beantw. der Frage: ob die Zulassung eines Judeneydes wider einem Christen bedenklich sey? ibid. eod. 3 gr.
- Karo* Rabbi Ioseph, sententiae Rabbiorum de successione ab intestato & testamentaria, collectae in libro Schulcham Aruch, latinae redditae per C. G. Meyer, cum access. G. H. Stuck, & praefatione Dan. Nettelbladt. med. 8vo. 775. 10 gr.
- Kemmerich*, D. H. lib. de probatione consuetudinis et observantiae, tam privatae, quam publ. siue imperialis, cum indice necessario, 4to. 6 gr.
- Madihn* D. Georg. Sam. exercitationes academicae Halenses ad praestantiora maxime iuris civilis capita pertinentes, fasciculus; XIII. dissertt. continens, cum indice, 4to. 18 gr.
- — D. Lud. Gottfr. opusculum I. vicissitudines substitutionis exemplaris, eiusque veram indolem continens. 4to. 775. 9 gr.
- Menken*, G. Lud. introduct. in doctrinam de actionibus forensibus, ad vsus praelectionum acad. edita a G. S. Madihn. 8vo. 759. 10 gr.
- — opuscula, quibus multa maxime iur. civil. capita ad vsus fori spectantia proponuntur, in vnum Vol. coll. 8vo. 770. 20 gr.
- Mureti*, (Marci Antonii, Icti & ciu. Romani celeberr.) commentarii breues & perspicui in titulos ad materiam iurisdictionis pertinentes. Argentor. 1608. recusa Halae. 4to. 771. 3 gr.
- Reuter*, D. Io. Hartw. exercitationes academicae praestantiora maxime iuris civilis capita illustrantes. IX. dissertt. continens, cum indice, 4to. 9 gr.
- Siccaua*, Sibr. Tetard. de iudicio Centumuirali Lib. II. iterum recensuit, animaduersionibus instruxit, & opusculis argumentum illustrantibus auxit D. Car. Frid. Zepernick, med. 8vo. 776. 21 gr.
- Tosi*, And. gegenwärtiger Staat des päbstl. Hofes, worinnen Nachricht von den Ehrenstellen, Congregationen, Gerichtshöfen, Aemtern und Ceremonien, desselben erteilt wird; aus dem Italiänischen mit Vorrede und Anmerkungen von P. E. Bertram, 8v. 771. 10 gr.
- Westhal* D. E. Ehr. Rechtliche Abhandlung von denen Pertinenzstücken eines verkauften Hauses; Halle 78. 4to. 2 gr.
- — rechtliche Bestärkung der Meinung: daß herrschaftliche Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer stillschweigenden, doch nicht privileg. Hypothek versehen sind, ebend. 78. 2 gr.
- — rechtl. Abh. v. d. Wirkung eines Erbverzichts in Absicht der Nachkommen eb. 778. 2 gr.

Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs IX.

Halae ad Salam 1778

4 Diss. 5010-7/9

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122901-6

VD18 90544323